Erörterungen
einzelner Lehren
des
Römischen Privatrechtes,
zum Gebrauche
seiner
Pandekten-Vorlesungen
nach
Albrecht Schweppes Leitfaden.

Von
Dr. Johann Adam Seuffert,
öffentl. ordentl. Professor der Rechte und Geschichte an der
Universität zu Würzburg.

Erste Abtheilung.

Würzburg 1820.
In Commission der Stahel'schen Buchhandlung.

BIBLIOTHECA
CIVITATIS
RAVENNATENSIS

Vorwort.

Die vorliegende Schrift ist bestimmt, in meinen Vorlesungen über römisches Privatrecht das lästige Diktiren zu vermindern, und hierdurch dem freien Vortrage mehr Zeit zu gewinnen. Dieser Bestimmung zufolge hatte ich hauptsächlich nur Wahrheit und Zweckmäßigkeit, nicht gerade Neuheit und Vollständigkeit zu erstreben. Doch glaube ich auch Manches gegeben zu haben, was ich, nicht blos der Form nach, als mein Eigenthum ansprechen kann; — und weil ich wünsche,

daß diese mir eigenthümlichen Ansichten von competenten Richtern geprüft und beurtheilt werden, übergebe ich die zunächst nur für meine Zuhörer bestimmten Blätter auch dem größern Publikum.

Noch bemerke ich, daß Schweppes Lehrbuch nach der zweiten Auflage angeführt ist.

Würzburg den 14. Mai 1820.

Dr. J. A. Seuffert.

Inhaltsanzeige.

Seite

I. Ueber die Methoden, das römische Recht zu bearbeiten und studiren 1

II. Von der verbindenden Kraft der Gesetze in Rücksicht der Zeit 3

III. Von Interpretation der Gesetze 11

IV. Ausmittlung des Umfangs der Gesetze 16

V. Zur Lehre von der Gewohnheit 25

VI. Rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritas. Gerichtsgebrauch Praxis 31

VII. Gegenseitiges Verhältniß der einzelnen Theile des justinianeischen Rechts 36

VIII. Jus in re und obligatio 40

IX. Zur allgemeinen Lehre von den physischen Personen 50

X. Gemünztes Metall als Träger des allgemeinen Tauschmittels 58

XI. Modification der Handlung durch Irrthum . . 73

XII. Ueber den Grundsatz: „Quae semel utiliter constituta sunt, durant, licet ille casus extiterit, a quo initium capere non potuerunt . . . 81

Seite
XIII. Von dem Einfluß des Zorns auf die Gültigkeit einer Willenshandlung 85
XIV. Zur Lehre von den Bedingungen 87
XV. Zur Lehre von der Culpa 95
VVI. Zur allgemeinen Lehre von der Verjährung . 121
XVII. Zur allgemeinen Lehre von den Klagen . . 128
XVIII. Ueber den in Deutschland gemeinrechtlichen Zinsfuß 138
XIX. Zur Lehre vom Interusurium 145
XX. Vom Schadensersatz und Interesse 150

1.

Ueber die Methoden,

das römische Recht zu bearbeiten und zu studiren *).

Zur Zeit, da in Italien das Studium des römischen Rechtes wieder erwachte, nämlich im Anfang des 12ten Jahrhunderts, kam auch für dasselbe diejenige Lehr- und Lernmethode auf, welche die exegetische genannt wird, und in Auslegung und Erläuterung der einzelnen Bücher, Abtheilungen und Stellen des justinianeischen Rechts besteht. Nach dieser Methode ist die Glosse gearbeitet. Dieselbe hat allerdings den Vortheil, daß die ganze Masse der römischen Rechtsvorschriften umfaßt wird: aber auch nur die todte Masse, als solche, als ein confusum chaos, ohne Leben, ohne Klarheit.

Darum vertauschte man bald die exegetische mit der dogmatischen Methode, nach welcher die Rechtsgrundsätze, wie sie aus ihren Quellen, den Gesetzen, bereits erforscht sind, in einer durch die Regeln der Wissenschaft bestimmten Ordnung vorgetragen werden; — da hingegen die Exegese die Quellen selbst, die Gesetze, dar- und auslegt. — Offenbar mußte aber der Dogmatik,

*) Vergl. Haubold Institutionum Juris Romani Privati Historico-Dogmaticarum Lineamenta. Lipsiae 1814. — Proleg. §§. 7 — 12.

damit sie einen festen und haltbaren Grund habe, die Exegese vorausgehen. Denn erst müssen die einzelnen Steine sorgfältig ausgesucht, geprüft und und zubehauen werden, ehe der Meister ein tüchtiges wohnliches Gebäude daraus gestalten kann.

Die dogmatische Methode ward aber lange Zeit hindurch nur in Bearbeitung der einzelnen Materien eingehalten. In Zusammenstellung derselben befolgte man noch die Ordnung, welche Justinian in den Institutionen, oder die, welche er in den Pandekten beobachtet hatte. Man hieß dies die legale Ordnung; und sowohl die Bücher als die academischen Vorträge waren bis auf die neuesten Zeiten großentheils nach derselben eingerichtet. Erst in den neuesten Zeiten ward auch die wissenschaftliche Anordnung des Ganzen allgemein üblich *).

Weit später kam die Behandlung des römischen Rechtes nach der historischen Methode auf, von der Haubold sagt: „versatur in investigandis principiorum juris originibus et caussis". Man fand nämlich, wie sich sowohl in die Exegese als daraus in die Dogmatik des römischen Rechtes dadurch viele und bedeutende Irrthümer eingeschlichen, daß man das Corpus Juris als ein abgerissenes Erzeugniß der Willkühr Justinians betrachtet, und versäumt hatte, seinen Inhalt aus der Entstehung seiner einzelnen Bestandtheile und seinem Zusammenhange mit dem gesammten römischen Staats- und Volksleben zu erklären. Man begann also die ganze römische Geschichte als Hülfsmittel des juristischen Studiums zu benützen, und die Erforschung der Rechtsantiquitäten, der historischen Entwicklung der einzelnen Rechtsinstitute ward allgemein empfohlen und betrieben.

Diese historische Behandlung, welche in academischen Vorträgen erst seit dem 18ten Jahrhunderte geschieht,

---

*) Vergl. Hugo, Lehrbuch des heutigen römischen Rechts §. 6.

mußte bei der Entstehung, bei der eigenthümlichen Beschaffenheit der justinianeischen Rechtsbücher, zu entscheidenden, ersprießlichen Resultaten führen, und die Erkenntniß des geltenden römischen Rechtes hat dadurch an Klarheit und Gründlichkeit sehr viel gewonnen. — Aber man muß sich wohl hüten, im Eifer für diese Forschungen die Rechts-Alterthümer nicht mit dem geltenden Rechte zu verwechseln, und auf den Thron der Gerechtigkeit statt eines lebendigen Gebildes einen längst verblichenen Schatten zu setzen. Gar Manche haben sich auf ihrer Entdeckungsreise zu den römischen Rechtsalterthümern in trügliche Labyrinthe verirrt, und, indem sie den Zusammenhang der Gegenwart mit der Vergangenheit aufsuchten, den Faden verloren, der von der Vergangenheit in die Gegenwart läuft; sie wollten Licht in die Nacht der Vergangenheit bringen, und wurden von dieser so umnebelt, daß sie den hellen Tag der Gegenwart nicht mehr vertragen konnten; sie wollten das geltende Recht aus der Geschichte des Rechtes erklären, und verloren über diese jenes ganz und gar aus den Augen.

II.

Von der verbindenden Kraft der Gesetze in Rücksicht der Zeit *).

Der Grundsatz, daß Gesetze nur für zukünftige, nicht für vergangene Fälle gelten **), ist nach folgenden Regeln anzuwenden:

*) Schweppe R. Privatrecht §. 8. — Vergl. Wiesen über die rückwirkende Kraft der Gesetze. Wetzlar 1814. — Bergmann, das Verbot der rückwirkenden Kraft neuer Gesetze im Privatrechte. Hannover 1818.

**) C. 7. de legibus: „Leges et constitutiones futuris certum est

1) Die Form und Wesenheit einer Handlung oder eines Rechtsgeschäftes sind nach den Vorschriften desjenigen Gesetzes zu beurtheilen, welches zu der Zeit, als die Handlung vorgenommen, das Geschäft errichtet wurde, gegolten hat *).

2) Die Wirkungen und Folgen von Handlungen, Rechtsgeschäften und Thatsachen treten in der Art ein, wie sie das Gesetz der Zeit bestimmt, zu welcher jene ihr Daseyn erhalten haben. Werden die aus denselben entspringenden Ansprüche gleichwohl erst nach dem neuern entgegenstehenden Gesetze fällig, kommen dann erst die aus ihnen hervorgehenden Befugnisse zur Ausübung, oder soll nun das Verhältniß beendigt werden, was früher begründet war; — immer muß das in seinem ganzen Umfange, in allen seinen Wirkungen eintreten, was und wie es die vormaligen Gesetze, unter denen das Verhältniß begonnen hat, erwarten ließen **).

---

dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari: nisi nominatim et de praeterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum sit".

*) Fr. I. pr. ad leg. Falcid. C. 17 de fide instrument. C. 29. de testamentis.

**) Der Ausdruck „praeterita" wird von Verhältnissen, die in der Vorzeit begründet waren, gerade in der Hinsicht gebraucht, daß ihre in die Zeit nach dem neuen Gesetze fallenden Wirkungen nach den alten Rechtsnormen beurtheilt werden sollen. — Vgl. Bergmann a. a. O. S. 80—2. — nov. 22. c. 1. „praesentem vero legem ex nunc valere volumus in omnibus postea nuptiis. (Die früher geschlossenen Ehen sollen in den Wirkungen, die nach dem neuen Gesetze eintreten, immerfort nach dem alten beurtheilt werden)..... In prioribus temporibus haec serventur secundum sua singula tempora, et fruantur tam viri quam mulieres priori legislatione, sive ad alias venerint nuptias, sive etiam usque ad priores steterint, sive successerint filiis, sive aliquid omnium egerint

Diese Folgerung aus dem allgemeinen Principe ist sehr bestritten. Viele behaupten, die Folgen und Wirkungen einer früheren Handlung, welche nach dem neuen Gesetze eintreten, müßten auch nach dem neuen Gesetze beurtheilt werden. Sie stützen diese Meinung vorzüglich auf c. 27. de usuris in Verbindung mit c. 26. eod. — In der That sagt Justinian in c. 27, es sey eine prava interpretatio, daß man sein in c. 26 enthaltenes Zinsengesetz auf diejenigen Fälle, wo die Zinsverbindlichkeit aus älterer Zeit herrühre, nicht habe anwenden wollen; er scheint dadurch auf eine Regel hinzudeuten, nach welcher die Fortsetzung und Entwicklung älterer Rechtsverhältnisse sich den neuen Rechtsnormen unterwerfen müsse *).

Doch wahrlich nur absehend von allen übrigen Quellen kann man aus dieser Stelle diese Folgerung ziehen. Vergleicht man die überwiegende Zahl von Stellen, in welchen so deutlich das billigere Princip als Regel ausgesprochen ist, so kann die einzeln dastehende c. 27 als Beweis eines strengeren allgemeinen Princips auf keine Weise gelten. Sie kann es um so weniger, weil sie einen bestimmten Grund ihrer Entscheidung, aus welchem auf eine allgemeine Ansicht geschlossen werden könnte, gar nicht enthält. Dem Gesetzgeber ist es immer unbenommen, die rückwirkende Kraft besonders anzuord-

---

priores sequentes leges. Illis enim credentes, et ita contrahentes nullus culpabit, quare non futurum sciverunt etc. — C. 18. de testibus (besonders in den Worten: „merito excipiendis". — Vgl. Brissonius zu zu diesem Worte). — C. 65. de decurion. C. un. in fine de rei uxor. act. — nov. 66. c. 1. §. 4. in fine, §. 5. vergl. mit nov. 18. c. 1. — C. un. de latin. libert. toll. — C. un. §. 15. de caduc. toll. nov. 99. cap. 1. in fine.

*) Vergl. Weber von der Rückanwendung der Gesetze. Hannover 1811. S. 16.

nen, und Justinian hatte dies bei Erlassung der c. 26 im Sinne. Er hatte sich aber nicht deutlich genug ausgedrückt, und so kam es, daß die Richter diese seine besondere Willensmeinung nicht in Anwendung brachten. Darüber ist er nun ungehalten, und nennt es eine prava interpretatio, der c. 26 keine rückwirkende Kraft beizumessen, da er dies doch ausdrücklich befohlen zu haben glaubte.

Offenbar ist also in der c. 27 nichts weniger als eine allgemeine Bestimmung über die Natur der rückwirkenden Kraft, über die Gränzen des Verbots derselben enthalten *).

Eben so wenig läßt sich mit Wiesen a. a. O. die Ausnahme von unserm Satze rechtfertigen, daß Prohibitivgesetze stäts zur sofortigen Anwendung auf ältere Verhältnisse gebracht werden müßten. Zwar spricht sich in Prohibitivgesetzen der hierauf gerichtete besondere Wille des Gesetzgebers häufig unverkennbar aus; aber nur wegen des erkannten Willens, nicht wegen der prohibitiven Eigenschaft tritt dann die Beziehung auf ältere Verhältnisse ein. Denn es lassen sich die mannichfaltigsten Prohibitivgesetze denken, die offenbar nur auf zukünftige Verhältnisse gehen. Z. B. es sollen keine Fideicommisse errichtet, es dürfen nicht mehr als 5 Pct. Zinsen bedungen werden **).

Wohl aber kann behauptet werden, daß, wenn neue Gesetze erscheinen, aus deren sofortiger Anwendung auf die jetzigen Eigenschaften und Wirkungen der in der Vorzeit begonnenen Rechtsverhältnisse nur Vortheile für alle Interessenten hervorgehen, — daß unser Prinzip dieser Anwendung nicht im Wege stehe. Denn das Verbot der rückwirkenden Kraft geht nur darauf, daß durch neue

*) Bergmann a. a. O. S. 182 und ff.

**) Vgl. N. 18 c. 1. in Verb. mit N. 66. c. 1. §. 4. in fine, §. 5. — Bergmann a. a O.

Gesetze den erworbenen Rechten und Erwartungen nicht geschadet werden, daß gegen diese Rechte und Erwartungen nichts eintreten solle, was im juristischen Sinne als ein Nachtheil zu betrachten ist *).

Was hier von der Beurtheilung und den Folgen früherer Handlungen, Rechtsgeschäfte und Thatsachen gesagt ist **), muß gleichmäßig für dingliche Rechte, Obligationen und Familienverhältnisse †) gelten, welche aus diesen Handlungen, Rechtsgeschäften und Thatsachen ihre Begründung erhielten. Insbesondere verdient bemerkt zu werden, daß Forderungen und Pfandrechte alle ihre Eigenschaften, so auch die ihnen vom ältern Gesetze verliehenen Privilegien unter der Herrschaft des neuen geltend machen. Bei der Collision, welche sich zwischen Forderungen und Pfandrechten, von denen einige nach den Bestimmungen des alten, andre nach denen des neuen entstanden sind, im Concursprozeß ergeben mag, muß demgemäß die Beurtheilung von dem leitenden Grundsatze ausgehen, daß keiner der Gläubiger, dessen Anspruch unter der Herrschaft des alten Gesetzes begründet wurde, durch den Einfluß des neuen einen schlechtern Platz erhalten darf, als er nach den Bestimmungen des alten erhalten haben würde ††). Das neue Gesetz kann zwar

*) In der citirten c. 65 de decurionibus heißt es: „convenit leges futuris regulas imponere, non praeteritis calumnias excitare. — Vergl. Bergmann a. a. O. S. 125.

**) Vergl. Georgii, Beitrag zur Lehre von der Rückanwendung der Gesetze: in Genslers, Mittermaiers und Schweizers Archiv für civilistische Praxis. Band III. Nro. 12.

†) Ueber die Wirkung des neuen Gesetzes, welches die Vermögensrechte unter Eheleuten verschieden von dem alten bestimmt. — S. Georgii a. a. O. S. 175.

††) Georgii a. a. O. erkennt diesen Grundsatz zwar als vollkommen richtig an, glaubt aber, daß sich bei der Anwen-

die Lage Eines oder des Andern der früheren Gläubiger verbessern; aber diesen Vortheil kann er nur gegen diejenigen geltend machen, deren Rechte später, nach der Promulgation des neuen Gesetzes begründet wurden *).

Nach den hier aufgestellten Grundsätzen muß auch die Frage, nach welchem Gesetze die Klagbarkeit einer Forderung zu beurtheilen sey, beantwortet werden. Denn die Klage ist ja nichts anders als die mit dem Rechte verknüpfte Befugniß, gegen den Gegner richterliche Hülfe zu suchen **).

3) Die Begründung eines Rechtes, welche das ältere Gesetz nur möglich machte, wird durch ein neueres entgegenstehendes Gesetz gehindert. Wenn Jemand die Hoffnung hat, dereinst ein Recht erwerben zu können, die Erwerbung aber noch durch kein concretes †) Fak-

---

dung unauflösbare Collisionen ergeben müßten, und schlägt demzufolge die durchgreifende Location nach der neuen Prioritäts-Ordnung als Nothbehelf und einziges Auskunftsmittel vor. Aber alle möglichen Collisionen werden sich in jedem gegebenen Concurse leicht lösen, wenn man folgendes Verfahren einhält: — 1) Sämmtliche Forderungen werden vorerst nach der alten Rangordnung locirt, damit erkannt werde, welche Plätze den unter der Herrschaft des alten Gesetzes begründeten Forderungen nach diesem gebühren. Diese Location muß aber 2) nach der neuen Rangordnung dahin berichtigt werden, daß a) die unter der Herrschaft des neuen Gesetzes begründeten Forderungen unter sich diejenigen Plätze erhalten, welche dies ihnen anweißt; und b) keine der jüngern Forderungen einer ältern vorgesetzt werde, wenn nicht dieser Vorzug auch in dem neuen Gesetze begründet ist.

*) Vergl. Dabelow, Handbuch des Pandekten-Rechtes in einer kritischen Revision seiner Hauptlehren. Theil I. S. 260.

**) Pr. I. de act. Schweppe §. 162.

†) Vergl. Georgii a. a. O. S. 152—6.

tum begründet ist, so hat er deßwegen gar keinen Anspruch darauf, daß das Gesetz ihm diese Hoffnung lasse. Demgemäß ist die Intestatsuccession in das Vermögen aller derjenigen Personen, welche nach Erlassung des neuen Gesetzes sterben, nach diesem zu bestimmen *).

Eben so kann sich derjenige nicht beklagen, der eine Verjährung begonnen hatte, wenn nun der Gegenstand derselben für unverjährbar erklärt, oder die Verjährungszeit verlängert wird. Denn er hatte nur die Hoffnung eines künftigen Gewinnes, kein Recht darauf **).

Ganz anders verhält sich die Sache, wenn das neue Gesetz die Verjährungszeit abkürzet. Denn derjenige, dessen Klage erlöschen oder dessen Sache von einem Andern usucapirt werden soll, ist damnum passurus. Er hat ein durch das ältere Gesetz wohl begründetes Interesse, daß ihn dieser Nachtheil nicht eher treffe, als dies Gesetz bestimmt.

4) Man hat häufig den Satz aufgestellt, daß Prozeßgesetze ohne Rücksicht auf die Zeit der Entstehung der Objekte des Rechtsstreites, ja selbst ohne Rücksicht auf die Pendenz der Prozesse, sofort zur Anwendung kommen müßten. Aber ganz richtig bemerkt Bergmann †), daß dieser Satz allgemein nicht gelten könne. Zwar

---

*) C. 12. in f. de suis et legitimis. — C. 14. in f. de legit. hered. — Vgl. nov. 68. c. 1. §. 1. Bergmann a. a. O. S. 98 ff.

**) Fr. 71 §. 1 de furtis: „ejus rei, quae pro herede possidetur, furti actio ad possessorem non pertinet, quamvis usucapere quis possit: quia furti agere potest is, cujus interest, rem non subripi: interesse autem ejus videtur, qui damnum passurus est: non ejus, qui lucrum facturus esset.

†) A. a. O. S. 170 ff.

darf und muß man, sagt er, bei gewöhnlichen neuen Prozeßgesetzen annehmen, daß der Gesetzgeber nur die Art und Weise, wie das materielle Recht zur förmlichen und wirksamen Anerkennung des Staates gelangen soll, verbessern wolle; daß er also eine Veränderung beabsichtige, welche für alle Interessenten streitiger Verhältnisse als Verbesserung zu betrachten ist. Man kann zugleich annehmen, daß bei solchen Gesetzen gewöhnlich die sofortige Anwendung geschehen kann, ohne daß die Partheien dadurch von den gesetzlichen Folgen älterer Rechtserwerbungen und der bisherigen Behandlung ihrer rechtlichen Verhältnisse etwas einbüßen. Aus diesem Gesichtspunkte mag man allerdings behaupten, daß die sofortige Anwendung neuer Prozeßgesetze, selbst bei pendenten Prozessen gar nicht einmal als eine Abweichung von dem Verbote der rückwirkenden Kraft angesehen werden könne, und daher unbedenklich statt finde. — Sobald sich aber zeigt, daß nach dem Inhalte einer neuen Prozeß-Verordnung ein Interessent von den wahren gerechten Vortheilen, welche ihm nach den bisherigen Normen zustanden, einseitig etwas verliere, daß dadurch die Folgen älterer Rechtserwerbungen aufgehalten, oder sonst Schaden am materiellen Rechte verursacht würde — dann kann von der Gültigkeit jenes Satzes keine Rede mehr seyn, dann muß vielmehr wieder die Regel eintreten, daß der gesetzliche Erfolg älterer Thatsachen abzuwarten, und den Partheien nicht zu ihrem Schaden zu entziehen sey. Wenn z. B. ein neues Gesetz den Gläubigern eine vortheilhafte Art der Execution, wenn es den Wechselgläubigern den vortheilhaften Wechselprozeß entzieht; wenn ferner für den Beweis gewisser Thatsachen besondere Beweismittel neu vorgeschrieben werden, welche sich zu verschaffen man bis dahin kein Interesse hatte; so können dergleichen Prozeßgesetze als solche, d. h. wenn nicht aus der besondern Art des legislatorischen Ausdrucks die Nothwendig-

keit einer sofortigen Anwendung hervorgeht, durchaus nicht auf ältere Verhältnisse angewandt werden *).

5) Der Wille des Gesetzgebers, daß eine neue Verordnung auf schon begonnene Verhältnisse, auf vergangene Fälle bezogen werden soll, kann nicht nur in ausdrücklicher Erklärung hervortreten, sondern sich auch in der Fassung der Worte, in den angeführten Gründen, in dem Inhalte des Gesetzes deutlich aussprechen. So oft demnach die Frage über das Rückwirken eines Gesetzes praktisch entsteht, hat der Richter vor allem zu untersuchen, ob hierüber eine Bestimmung in ihm selbst nicht auf irgend eine Art gegeben sey **). Ist eine solche nicht erkennbar, so gilt es, den Grundsatz anzuwenden: non placet Janus in legibus †).

III.

Von Interpretation der Gesetze ††).

1.

Interpretation und Erläuterung der Gesetze müssen von einander unterschieden werden. Vorerst gilt es, die Frage zu beantworten: was ist der Sinn der Gesetzesworte? was hat sich der Gesetzgeber dabei gedacht? — aber dies bloße Verständlichmachen des Sinnes der Rede (Interpretation) genügt nicht; sondern die Aufklärung

*) C. ult si certum petatur, C. 18. de testibus.

**) Bergmann a. a. O. S. 158 ff.

†) Baco de Verulam de augm. scient. Lib. VIII. aponor. 47.

††) Schweppe a. a. O. §§. 10 — 15.

muß so weit gehen, daß auch der Gegenstand des Gesetzes, die Verhältnisse des Lebens, auf welche es einwirken soll, und die Möglichkeit, dieselben nach dem Gesetze zu bestimmen, völlig deutlich erscheinen. (Erläuterung) *). — So mag man es leicht fassen, was der Gesetzgeber bei den Rechtsregeln: „Jure naturae aequum est, nemi-„nem cum alterius detrimento et injuria fieri locuple-„tiorem“; — „qui jure suo utitur, nemini facit in-„juriam“ — „non debet, cui plus licet, minus non „licere“ — sich im Allgemeinen gedacht hat. Aber wenn nun auch hier das Geschäft der Interpretation ohne Schwierigkeit vollendet ist, so kann man doch noch sehr weit entfernt seyn von der anschaulichen Erkenntniß der Art und Weise, wie diese Rechtsregeln in das Leben eingreifen; man würde vielleicht noch in Verlegenheit seyn, wenn man concrete Verhältnisse angeben sollte, in welchen sich ihre praktische Bedeutung anschaulich darstellen könnte; darum muß zur Auslegung noch die Erläuterung des Gesetzes hinzukommen. Insofern aber die Erläuterung nur dasjenige in concreto nachweiset, was die Auslegung in abstracto ausgemittelt hat, so machen sie zusammen ein Ganzes aus.

2.

Die Interpretation, die Ausmittlung dessen, was sich der Gesetzgeber dachte, muß bei allen Gesetzen der Anwendung vorhergehen. Besonders wichtig wird aber die Aufgabe des Auslegers, wenn sich bei dem auszulegenden Gesetze ein mehrfacher Sinn annehmen läßt, und es nun gilt, den richtigen zu wählen. Ist für eine der

---

*) Hufeland, versuchte Berichtigung einiger bisher angenommenen juristischen Grundsätze über die Ableitung der Rechtsbestimmungen aus den Rechtsquellen; — in dessen erläuterndem Handbuche Nro. II. S. 39.

möglichen Bedeutungen durch authentische oder usuelle Interpretation entschieden, so muß sich der Richter, der das Gesetz anzuwenden hat, sollte er auch diese Auslegung für unrichtig halten, daran halten. Ist aber eine solche allgemein bindende Auslegung nicht vorhanden, so muß der Richter zur Beurtheilung des vorliegenden Falles die Interpretation der einschlagenden Gesetzesvorschriften selbst bewerkstelligen. Diese vom Richter ausgehende Interpretation hat aber nur für den entschiedenen Fall und in sofern bindende Kraft, als das durch sie motivirte Urtheil die Rechtskraft beschreitet. Jedoch kann sich aus der Gleichförmigkeit wiederholter Interpretation desselben Gesetzes die rerum judicatarum auctoritas bilden *).

3.

Der Ausdruck: „Grund des Gesetzes, ratio legis“ hat verschiedene Bedeutungen **).

1) Jedes Gesetz kann zunächst durch geschichtliche Ereignisse veranlaßt seyn, entweder durch eine bestimmte Begebenheit, die den Gesetzgeber aufmerksam machte und aufrief, oder sonst eine Lage von Umständen, die sich gerade damals vorfand †). Diese Veranlassung bezeichnet man mit occasio, origo, causa externa legis, und auch ratio legis extrinseca oder coaeva.

2) Unter Grund des Gesetzes versteht man ferner den Zweck, welchen der Gesetzgeber durch das Gesetz erreichen wollte. Dieser muß um so gewisser als Ursache

---

*) Vergl. Schweppe §. 36 und unten VI. 1.

**) Vergl. Hufeland a. a. O. S. 13—22.

†) Wer kennt nicht die Geschichte der Entstehung des Macedonianischen Senatsschlusses? — Vergl. C. un. de sent. quae pro eo, quod interest, proferuntur.

des Gesetzes erscheinen, weil der Gesetzgeber nur um seinetwillen, um ihn zu erreichen, das Gesetz gab *).

3) Häufig ist eine besondere Gesetzesvorschrift aus einem früher sanktionirten allgemeinen Rechtsgrundsatz, oder aus der allgemeinen Natur des zu bestimmenden Rechtsinstitutes abgeleitet. Hier kann diese allgemeine Rechtsregel oder die allgemeine Natur des Geschäftes als ratio legis, als Rechtsgrund des Gesetzes gelten **).

4) Eben so oft haben alterthümliche Sitten, politische vorübergehende Absichten, philosophische, religiöse u. dgl. Meinungen und Ansichten, hergebrachte Rechtsgebräuche und angenommene Vorstellungen — als Beweggrund auf die Modalität des Gesetzes Einfluß gehabt, ohne daß es gerade bei Erlassung desselben Hauptzweck des Gesetzgebers war, diesen Sitten zu huldigen, diese Absichten und Meinungen zu bethätigen †).

4.

Die grammatische Auslegung muß überall vor der logischen versucht werden ††). Vorerst ist die Bedeutung der Worte, an sich und in der besondern Fassung

---

*) C. 23 de donat: „si quidem clandestinis ac domesticis fraudibus facile quidvis pro negotii opportunitate confingi potest, id, quod vere gestum est, aboleri".

**) Vergl. z. B. C. 7. ad SC. Macedon. Cap. 28. X. de jurejur. — fr. 9. §. 2. de contrah. emt.

†) So war durch den Zweck der Zuziehung von Zeugen bei Testamenten gewiß nicht erfordert, daß es gerade sieben seyen. Zur Festsetzung dieser Zahl ward der Gesetzgeber durch den früheren Inhalt der Testamentsolennien, vielleicht auch durch gangbare Vorurtheile für die Zahl sieben nebenbei bestimmt.

††) Hufeland a. a. O. S. 82—91.

des Gesetzes, nach den Regeln der Sprachkunde zu prüfen. Ist das Resultat dieser Prüfung, daß die Worte des Gesetzes, grammatisch ausgelegt, nur einen bestimmten Sinn haben können, so ist das Geschäft der Auslegung überhaupt in der Regel geschlossen: eine weitere logische Interpretation ist fast immer unnöthig und unzulässig. Nur da, wo es aus andern Gründen außer dem Gesetze vollkommen gewiß wäre, der wörtliche Sinn des Gesetzes sey nicht des Gesetzgebers eigentliche Meinung, der Gesetzgeber habe sich bei den obgleich unzweideutigen Worten doch etwas anderes, mehr oder weniger, gedacht, nur in dergleichen Fällen, welche aber offenbar als Ausnahme erscheinen, kann das Resultat der Auslegung von dem klaren Wortsinne abweichen, und eine weiter gehende oder beschränktere Meinung des Gesetzgebers als verbindend ausgesprochen werden. (s. g. interpretatio extensiva und restrictiva) *).

Gewöhnlich hat die logische Auslegung da einzutreten, wo die grammatische kein ganz sicheres Resultat geliefert hat, wo sich nach den Regeln der Sprachkunde mehrere verschiedene Bedeutungen als gleichmäßig möglich ergeben haben. Ihr Geschäft ist es nun, durch die ihr eigenen Hülfsmittel, insbesondre durch Erforschung und Erwägung der verschiedenen rationes legis, eine der

---

*) Die Beiworte, extensiva und restrictiva, bezeichnen hier nur das Verhältniß der logischen zur grammatischen Interpretation, und sprechen aus, daß die Regeln der logischen Auslegung ein weiter gehendes oder beschränkteres Resultat geliefert haben, als der grammatischen nach den Regeln der Sprachkunde möglich war. — Im Verhältnisse zu dem Willen des Gesetzgebers kann jede Auslegung nur streng seyn; in dieser Beziehung giebt es keine ausdehnende und beschränkende Auslegung; denn jede Auslegung will immer nur gerade das ausmitteln, was der Gesetzgeber gedacht und gewollt hat. — Vgl. Hufeland a. a. O. S. 68—70.

möglichen Bedeutungen auszuwählen und als die richtige festzustellen. Das Einstimmen mit dem Zwecke oder dem Rechtsgrunde sind hier offenbar die besten Proben; denn der Sinn des Gesetzes muß in unmittelbarer Abhängigkeit von ihnen stehen. Weniger bedeutend ist der Einfluß der geschichtlichen Veranlassung des Gesetzes; denn ihre Wirkung auf den Geist des Gesetzgebers bei Erlassung des Gesetzes ist keine nothwendige. Eben so können die obenerwähnten Beweggründe nur zur Auslegung derjenigen Modalitäten des Gesetzes helfen, welche durch sie veranlaßt wurden. — Wohl aber können Veranlassung und Beweggrund bedeutende mittelbare Hülfsmittel seyn, um Zweck und Rechtsgrund zu erforschen.

Man mag sich nun für die weiteste oder die beschränkteste der verschiedenen möglichen Bedeutungen entscheiden, so ist doch dort keine ausdehnende, hier keine einschränkende Auslegung vorhanden: denn in beiden Fällen war es ja schon nach dem Wortsinne als möglich erkannt, daß der Gesetzgeber gerade dies und nichts anderes gedacht habe.

IV.

Ausmittlung des Umfangs der Gesetze *).

1.

Nicht durch Auslegung und Erläuterung allein werden Rechtssätze zum Behufe der Anwendung aus den Gesetzen, als Rechtsquellen, abgeleitet. Das Resultat dieser

*) Schweppe a. a. O. §. 16.

Funktionen des Rechtsgelehrten führt nur zur Entscheidung derjenigen Fälle, von welchen man annehmen kann, daß sie der Gesetzgeber bei Erlassung seines Gesetzes im Sinne hatte. — Häufig kommen aber in dem vielgestaltigen Leben Fälle vor, welche in den Gesetzen nicht entschieden sind, an welche der Gesetzgeber nicht gedacht hat, von denen aber doch die Consequenz des Rechtes *) fordert, daß sie nach denjenigen Normen, welche sich für einen andern ähnlichen Fall in den Gesetzen finden, beurtheilt werden. Offenbar kann eine solche weitere Anwendung des Gesetzes durch Auslegung und Erläuterung nicht vermittelt werden; denn sie überschreitet die Gränze desjenigen, was der Gesetzgeber sich wirklich gedacht hat. Der Rechtsgelehrte, welcher auf diese Weise Rechtssätze aus den Gesetzen ableitet, befindet sich vielmehr auf dem Gebiete der Analogie. Das Princip der Analogie liegt in der sehr natürlichen Vermuthung, daß der Gesetzgeber den unentschiedenen Fall, wenn er daran gedacht hätte, gerade so entschieden haben würde, wie er den wirklich beurtheilten Fall entschieden hat, und zwar darum, weil die Gründe, welche hier die Entscheidung motivirten, auch dort vollkommen passen. Diese Beziehung des Gesetzes auf ähnliche Fälle wegen Gleichheit des Grundes (Analogie) ist von unsern Gesetzen nicht nur erlaubt, sondern sogar geboten **).

---

*) Ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio.

**) Fr. 12. de legibus: „non possunt omnes articuli singillatim aut legibus, aut senatus consultis comprehendi: sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is, qui jurisdictioni praeest, ad similia procedere, atque ita jus dicere debet". — Fr. 13. eod.: „nam, ut ait Pedius, quotiens lege aliquid, unum vel alterum introductum est, bona occasio est, cetera, quae tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatione vel certe jurisdictione suppleri". — Fr. 32. pr. eod.: „de quibus

Der Begriff der **Aehnlichkeit** darf aber nicht zu weit genommen werden. Insbesondere dürfen in dem unentschiedenen Falle keine Besonderheiten liegen, welche der Anwendbarkeit des Grundes, der die vorhandene Entscheidung motivirte, äußerlich entgegenstehen. So kann der Vermiether den Miether vor der Zeit vertreiben, wenn er wegen eines unvorhergesehenen Zufalls die vermiethete Wohnung selbst nothwendig braucht. Diese Bestimmung läßt sich aber nicht auf das Commodat anwenden. Zwar ist hier wie dort eine Gebrauchsgestattung vorhanden; aber der Miether erhält dadurch eine Entschädigung, daß er von der Verbindlichkeit, das versprochene Miethgeld zu bezahlen, befreit wird, was bei dem Commodatar nicht der Fall ist *).

Wenn **Gleichheit des Grundes** **) als conditio sine qua non der analogen Anwendung angegeben

causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus et consuetudine introductum est, et si qua in re hoc deficeret, tunc quod proximum et consequens ei est". Vergl. Fr. 64. §. 1. de ritu nupt., fr. un. pr. de bon. poss. ex test. mil., fr. 4. si quadrupes, fr. 11. pr., fr. 32. pr. ad leg. Aquil.

*) Thibaut, Theorie der log. Auslegung, §. 18.

**) Wenn der Grund des entschiedenen Falles bei dem unentschiedenen Falle noch in höherem Grade passend ist, so kann dies natürlich nicht weniger Gewicht haben, als die vollkommene Gleichheit des Grundes. — Vergl. fr. 32. pr. ad leg. Aquil. Dies Argument ex ratione fortiori scheint von dem s. g. Argument a majori ad minus und a minore ad majus (non debet, cui plus licet, quod minus est, non licere — und — non debet, cui minus non licet, quod plus est, licere) durchaus nicht verschieden zu seyn. Denn das Letztere wird sich immer dahin auflösen lassen: Weil die Gründe, welche das licere des majus motivirten, das licere des minus noch vielmehr begünstigen müssen, so ist das von dem majus redende Gesetz consequenterweise auch auf das unberücksichtigte minus anzuwenden: — und umgewandt.

wird, so kann hier nur von dem Zwecke, und dem Rechtsgrunde die Rede seyn. Bloße Gleichheit der Veranlassung kann nicht dazu berechtigen, und eben so ist der Einfluß der Beweggründe (in dem oben angegebenen Sinne) auf die Willensbestimmung des Gesetzgebers so schwankend und außerwesentlich, daß auf sie allein eine analoge Anwendung wohl nicht gegründet werden kann *).

Die analoge Anwendung muß übrigens wegfallen, wenn der Gesetzgeber sie ausdrücklich oder sonst verboten hat **).

2.

Wenn das Verfahren, wodurch ähnliche Fälle wegen Gleichheit des Grundes unter ein Gesetz gestellt werden, durch die Rücksicht gerechtfertigt und geboten ist, daß dem Gesetzgeber leicht mannigfache mögliche Modalitäten der Verhältnisse des Lebens entgehen können, so scheint es auf der andern Seite im Allgemeinen unzulässig zu seyn, Fälle von der Anwendung des Gesetzes auszuschließen, weil auf sie der Grund des Gesetzes nicht paßt. Der Gesetzgeber mag wohl wissen, daß einzelne Fälle vorkommen können, in welchen sich die Eigenschaften und Merkmale nicht finden, welche ihn bewogen haben, für dies Verhältniß diese Norm zu geben. Doch stellt er eine allgemeine durchgreifende Regel auf, und läßt darum keine Ausnahmen zu, damit nicht unter dem Vorwande, es sey ein Ausnahmsfall vorhanden, die Wirksamkeit des Gesetzes erkräftet werden könne. So mag der Grund des Gesetzes, welches Minderjährige in der Verfügung über ihr Vermögen beschränkt, auf solche Individuen nicht passen, welche ausnahmsweise an Verstand vollkommen reif, und in Geschäften hinreichend

*) Hufeland a. a. O. S. 196.

**) Thibaut a. a. O.

erfahren und gewandt sind. Demungeachtet müssen jene gesetzlichen Beschränkungen auch auf sie angewendet werden. Denn, wollte man in solchen Fällen Ausnahmen zulassen, so würde überall, wo Jemand Interesse dabei hätte, der Versuch gemacht werden, das Gesetz durch die Behauptung, daß es unter den besondern gegenwärtigen Umständen nicht anwendbar sey, wirkungslos zu machen, und die Herrschaft des Gesetzes hienge von der Einsicht und Willkühr des Richters ab.

Diese Ansicht ist auch von classischen Juristen auf das bestimmteste aufgestellt *), und sonach erscheint die Verwerfung des Grundsatzes: „cessante ratione legis, cessat lex ipsa“ als vollkommen begründet.

Wenn freilich aus der Vergleichung der rationes mit den Worten des Gesetzes sprechend hervorgeht **), daß der Gesetzgeber nicht im Sinne gehabt haben könne, den vorliegenden individuellen Fall, wenn gleich die Worte auch auf ihn passen, unter die Vorschrift des Gesetzes zu stellen, so ist der Richter berechtigt und verpflichtet, dasselbe hier nicht anzuwenden: aber nicht, weil die rationes nicht passen, sondern weil er erkannt hat, daß die Anwendbarkeit durch den Willen des Gesetzgebers selbst

---

*) Fr 4. de legibus: „ex his, quae forte uno aliquo casu accidere possunt, jura non constituuntur; fr. 5. eod.“: nam ad ea potius debet aptari jus, quae et frequenter et facile, quam quae perraro eveniunt“. Vergl fr. 6, 8. eod. — Thibaut a. a. O. §. 23.

**) Das Resultat dieser Vergleichung muß vollkommene Ueberzeugung seyn. Das Gesetz ist vorhanden, es umfaßt mit seiner bindenden Kraft dem Wortsinne nach auch den vorliegenden besondern Fall. Er darf seiner Einwirkung nicht entzogen werden, wenn es nicht vollkommen gewiß ist, daß diese Beschränkung der Wirksamkeit des Gesetzes der Absicht des Gesetzgebers gemäß sey.

ausgeschlossen sey *). — Ein auf diese Weise motivirtes Ausschließen individueller Fälle von der Anwendung des Gesetzes gehört aber in das Gebiet der s. g. restriktiven Auslegung und Erläuterung, deren Natur oben näher auseinander gesetzt wurde. Allerdings fußt sich die restriktive Interpretation auf Argumente aus dem Grunde des Gesetzes **): aber nur mittelbar: mittelst der Gründe erkennt der Interpret, daß der Gesetzgeber nicht im Sinne gehabt hat, den vorliegenden Fall unter das Gesetz stellen zu wollen, daß also die Ausschließung dieses Falles in dem Willen des Gesetzgebers selbst begründet sey. Bei der Analogie hingegen wird die Entscheidung durch das Argument aus dem Grunde direkt bestimmt: denn eine gesetzliche Vorschrift für den zu entscheidenden Fall ist gar nicht vorhanden. Der Rechtsgelehrte muß sich die Entscheidungsnorm erst schaffen, und dabei geht er von dem Grundsatz aus: Wo Gleichheit des Grundes, da muß auch Gleichheit der Entscheidung seyn. Darüber, ob der Gesetzgeber gerade so entschieden haben würde, kann er nicht Gewißheit, sondern nur Wahrscheinlichkeit haben. Denn es ist ja immer höchst problematisch, ob der Gesetzgeber Consequenz oder Willkühr zur Richtschnur genommen hätte. Mit dieser Wahrscheinlichkeit darf und muß sich aber hier der Richter begnügen, weil er keine Gewißheit erlangen kann; dagegen im um-

---

*) Fr. 15. vergl. mit fr. 6. §. 2. de jure patronatus. Fr. 11. §. 2. de his qui not. infam.

**) Soll nach dem Argument: „cessante ratione legis, cessat lex ipsa" das Gesetz schon dann nicht angewandt werden, wenn der Zweck des Gesetzes nicht erreicht wird, so muß die Anwendung noch weit eher wegfallen, wenn durch sie gerade das Gegentheil von dem bewirkt würde, was der Gesetzgeber beabsichtigt hat. — Vergl. fr. 25. de legibus. C. 6. eod. C. 19. in fine, de fide instrumentorum. Fr. 110. §. 4. de R. J. — Fr. 8. §. 6, 24, 25, de transact.

gewandten Falle eine wirklich vorhandene Entscheidung, eine gewisse Erklärung des gesetzgeberischen Willens nicht aus Wahrscheinlichkeitsgründen bei Seite gesetzt werden darf.

3.

Nebst den zwei bisher erörterten Corollarien des Argumentes aus dem Grunde des Gesetzes ist noch ein drittes gangbar: „ubi contraria ratio, ibi contraria dispositio“. Wenn nämlich ein Fall vorkömmt, der im Gesetze nicht entschieden ist, zu dessen Entscheidung sich aber ein Grund darbeut, welcher demjenigen, von welchem eine wirklich vorhandene Entscheidung ausgieng, gerade entgegengesetzt ist, so muß auch die auszumittelnde Entscheidung der vorhandenen gerade entgegengesetzt seyn. Ein Beispiel solcher entgegengesetzten Entscheidung wegen entgegengesetzten Grundes findet sich in fr. 24. §. 12. de damno infecto. Hier ist für den Fall, wenn ich durch das Graben eines Bronnens in meinem Hause dem Bronnen des Nachbars die Quelle abschneide, von Ulpian die Entscheidung des Trebatius angeführt: „non teneri me damni infecti“ und zwar aus dem Grunde: „neque enim existimari, operis mei vitio damnum tibi dari in ea re, in qua jure meo usus sum“. — Ulpian trägt nun einen andern Fall vor: „si tamen tam alte fodiam in meo, ut paries tuus stare non possit“ und entscheidet ihn auf entgegengesetzte Weise: „damni infecti stipulatio committetur“ — offenbar aus dem entgegengesetzten Grunde, weil nach seiner Ansicht der tam alte fodiens seine Rechtssphäre überschreitet.

Diese Art, ein Gesetz auf unentschiedene Fälle umgekehrt zu beziehen, ist eben so durch die Consequenz des Rechtes geboten, wie die oben erörtete Analogie *). Ist

*) Daß Analogie dem Wortsinne nach nur von Beziehung des Gesetzes auf ähnliche Fälle wegen Gleichheit des

der Richter in einem vorkommenden Falle von einer direkten gesetzlichen Norm verlassen, so muß er wenigstens dahin streben, daß sich seine Entscheidung den gesetzlichen Vorschriften mit Consequenz anschließe, und diese will, daß, wo ein entgegengesetzter Grund eintritt, eine entgegengesetzte Entscheidung erfolge.

Sofern man sich aber unter ratio den Zweck des Gesetzes denkt; so wird sich der Schluß von der ratio contraria auf eine dispositio contraria kaum bilden lassen. Denn man kann allerdings von Consequenz im Streben zur Erreichung eines vorgesteckten Zweckes reden, (und hierauf gründet sich die analoge Anwendung, wenn durch sie der Zweck erreicht wird, zu welchem das Gesetz gegeben ist); aber nicht wohl von Consequenz im Setzen von Zwecken; so daß man mit Bestimmtheit sagen könnte: wer sich in dem einen Falle diesen Zweck setzt, der muß sich, wenn er consequent seyn will, in dem andern gerade den entgegengesetzten vorstecken. Die Fälle, Erscheinungen und Verhältnisse des Lebens sind wohl höchst mannigfaltig und vielgestaltig, aber niemals sich so absolut entgegengesetzt, daß daraus eine solche rationelle Nothwendigkeit entgegengesetzter Zwecke hervorgehen könnte. Vielmehr ist das Setzen der Zwecke ein rein individuelle Sache, ein Produkt des individuellen Auffassens der Erscheinungen des Lebens, und der individuellen Denk- und Sinnes-Art. Weil aber demgemäß das Suppositum, die Annahme eines entgegengesetzten Zweckes zur Normirung des unentschiedenen Falles nicht als Nothwendiges, Gewisses erscheinen kann, so kann auch die dispositio contraria überhaupt nicht als ein Produkt der Consequenz, und folg-

---

Grundes zu verstehen sey, hat Thibaut a. a. O. aus Gellius Noct. Att. L. 2. c. 25, und Quintilian. Inst. orat. L. 1. c. 6. überzeugend nachgewiesen.

lich auch nicht als eine aus dem Gesetze consequent abgeleitete, bindende Richtschnur gelten.

Ganz anders verhält es sich, wenn die dispositio contraria aus einem entgegengesetzten Rechtsgrunde abgeleitet werden soll. Das Gebiet desjenigen, was im Leben Recht heißt, ist scharf begränzt; in absolutem Gegensatze steht gegenüber das Unrecht. Dieses allgemeine Entgegengesetztseyn des Rechtes und Unrechtes wiederholt und entwickelt sich in allen besondern Rechtsgrundsätzen, in welchen für einzelne Verhältnisse besondere Gränzen des rechtlichen Handelns aufgestellt werden. Wenn nun ein besonderes Faktum durch ein Gesetz für rechtlich erkannt ist, weil es innerhalb der Gränze steht, welche durch einen höheren Rechtsgrundsatz gezogen ist, so muß aus dem entgegengesetzten Grunde ein Faktum, welches vom Gesetze nicht beurtheilt ist, als widerrechtlich erkannt werden, wenn man sich überzeugen muß, daß es über jene Gränze hinaus fällt. Auf diese Weise hat z. B. Ulpian in dem oben aus fr. 24. §. 12. de damno infecto angeführten Beispiele geschlossen. — Gerade so verhält es sich mit den Folgerungen, welche aus der allgemeinen Natur der Rechtsverhältnisse zu machen sind.

So wenig übrigens die Motive, welche oben mit Beweggrund bezeichnet wurden, bei dem Schlusse wegen Gleichheit des Grundes, eben so wenig möchten sie auch bei dem Schlusse aus entgegengesetzten Gründen zu benutzen seyn.

V.

Zur Lehre von der Gewohnheit *).

1.

So wenig man von Sprache und Sitte der Völker eigentlich sagen kann, wie sie entstanden seyen, eben so wenig auch vom bürgerlichen Rechte. Die Natur selbst stattet die verschiedenen Völker, so wie sie dieselben überhaupt erschafft, mit besondern charakteristischen Eigenthümlichkeiten aus, so mit dem bürgerlichen Rechte, wie mit Sitte und Sprache. Sobald Menschen miteinander verkehren, ist die Nothwendigkeit gegeben, daß sie rücksichtlich dieses Verkehres gewisse Regeln und Gesetze anerkennen. Diese Regeln, der Inbegriff des bürgerlichen Rechts, bilden sich nun bei Völkern, die noch in jugendlicher Freiheit und Einfalt leben, gleichsam von selbst, so wie die Natur des Verkehrs das Bedürfniß derselben anregt. — „Die Jugendzeit der Völker ist arm an Begriffen, aber sie genießt ein klares Bewußtseyn ihrer Zustände und Verhältnisse, sie fühlt und durchlebt diese ganz und vollständig" **); und dieses wahre gemeinsame Gefühl von dem Inhalt und der Natur der ersten bürgerlichen Verhältnisse ist die ursprüngliche Quelle des Rechts. Dies ursprüngliche Recht wird nicht vor- und aufgeschrieben, sondern es lebt nur in dem kindlichen Bewußtseyn des Volkes, welches die Stimme der Mutter Natur noch versteht, und sie treu befolgt: — dies treue Befolgen geschieht gleichsam aus einem instinktartigen Gefühle, es ist, so zu sagen, andre Natur, es wird —

*) Vergl. Schweppe a. a. §§. 33—5.

**) Savigny, vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. S. 9.

Gewohnheit, welcher durch die Kraft der Natur das Prinzip der Nothwendigkeit innwohnt.

Wenn sich hieraus der Satz ergiebt, daß alles Recht seinem Ursprunge nach Gewohnheitsrecht ist, so muß hiervon wohl geschieden werden, was man heutzutage unter Gewohnheit, als besondere Quelle des Rechts, zu verstehen pflegt. Von dem oben angedeuteten geschichtlichen Standpunkte aus erscheint die Gewohnheit als eine durch die Natur gebotene fortwährende gleichmäßige Handlungsweise, und das Vermögen, das Gewohnheitsrecht zu erkennen, ist nicht der Verstand, sondern das gesunde Naturgefühl von dem Wesen und Inhalt der bürgerlichen Verhältnisse. — Im Sinne unserer heutigen Rechtsgelehrsamkeit aber ist Gewohnheit die unter gewissen, vom Verstande vorgezeichneten, positiven und negativen Erfordernissen fortwährend beobachtete gleichmäßige Handlungsweise, und das Gewohnheitsrecht wird, gleichsam als Produkt willkührlicher Angewöhnung vom Verstande erkannt, welcher in jedem gegebenen Falle untersucht, ob die mancherlei Erfordernisse vorhanden sind, welche er, als Bedingung des Daseyns desselben, gesetzlich vorgeschrieben hat.

Wenn sich nun auch jede Gewohnheit an den vorgeschriebenen äußeren Merkmalen erkennen lassen muß, so ist doch die Rücksicht auf die innere organische Genesis, immer noch, auch praktisch wichtig; insbesondere weil eines der juristischen Erfordernisse zur Bildung einer Gewohnheit dem Wesen jener ursprünglichen Entstehung ganz zu entsprechen scheint. Ich meine hier die s. g. opinio necessitatis. Damit eine verbindliche Norm aus der Handlungsweise der Bürger entstehen könne, soll dieselbe als Norm des Rechts, nicht blos der Willkühr befolgt worden seyn *). — Unter dieser geforderten opinio ne-

*) Schweppe, a. a. O. §. 33. — Klötzer, Revision der Theorie vom Gewohnheitsrechte §. 36.

cessitatis kann man nun durchaus die Meinung nicht verstehen, es werde durch diese Handlungsweise ein vorhandenes Gesetz, oder sonstige positive Rechtsnorm befolgt. Denn da wären ja die Handelnden in einem Irrthum, und zwar in einem error dans caussam actui, befangen, die Willensbestimmung wäre bei der vorgenommenen Handlung mangelhaft gewesen, und es scheint ganz unvernünftig, aus einer zwar fortgesetzten aber immer auf Irrthum beruhenden Handlungsweise eine bindende Rechtsnorm entstehen zu lassen. Eben so wenig kann man mit Gesterding *) unter der s. g. opinio necessitatis die Absicht der Handelnden, eine Rechtsnorm zu schaffen, verstehen. Denn die Bürger, insofern aus ihrer Handlungsweise ein Gewohnheitsrecht entstehen kann, werden als Unterthanen im Gegensatze der gesetzgebenden Staatsgewalt betrachtet, an welcher sie übrigens vielleicht durch constitutionelle Formen Theil haben mögen. Aber in keinem geordneten Staate kann den Unterthanen als solchen die Befugniß zugestanden werden, nach ihrem Privatwillen Rechtsnormen einzuführen und abzuschaffen: die Staatsgewalt würde sich durch ein solches Zugeständniß selbst vernichten.

Sie thut aber wohl daran, wenn sie denjenigen Normen Gesetzeskraft beilegt, welche die Unterthanen fortwährend befolgten, indem sie sich bei ihren Handlungen von dem oben als bildendes Prinzip der Gewohnheit bezeichneten Naturgefühle des Rechtes leiten ließen **). Die Handelnden haben hier weder im Sinne, ein Gesetz zu befolgen, noch viel weniger eines zu schaffen, sondern nur, dasjenige zu thun, was recht und ge-

---

*) Beiträge zur Theorie vom Gewohnheitsrechte. — Im Archiv für civilistische Praxis. Band III. Nro. 18.

**) Denn eine Civilgesetzgebung wird materiell desto vollkommner seyn, je mehr ihre Bestimmungen aus dieser Quelle des ächten lebendigen Naturrechts fließen.

recht ist. Sie halten, blos nach der Stimme ihres Gefühles, dafür, daß sie, um dem Rechte treu zu seyn, nothwendig gerade so und nicht anders handeln müßten, und haben hierin bei ihrem Handeln offenbar eine opinio necessitatis, welche sich auf das lebendige Naturgefühl des Rechtes fußt. Und nur eine solche opinio necessitatis kann man als Triebfeder der Handlungsweise verlangen, aus welcher eine Gewohnheit, ein jus moribus *) constitutum, nachgewiesen werden soll.

2.

Die controverse Frage, ob eigentliche Gesetze durch Gewohnheiten aufgehoben werden können, ist von Schweppe dahin beantwortet: die Gewohnheit könne wohl zur Aufhebung dispositiver, aber nicht prohibitiver Gesetze dienen. Diese Ansicht ist auch wohl ganz der Natur der Sache gemäß. Dispositivgesetze **) wollen nicht absolut gelten, sondern nur dann wirksam werden, wenn die Privaten über ihren Gegenstand keine besondre Verfügung treffen. Durch die Autonomie der Privaten kann den Bestimmungen solcher Gesetze überall derogirt werden. Dem Gesetzgeber ist es hier hauptsächlich nur darum zu thun, daß es überhaupt an einer rechtlichen Bestimmung nicht fehle. —

Nun sind zwar Autonomie und Gewohnheit bedeutend von einander verschieden, indem in jener die Willkühr sich für einzelne Fälle ausspricht, diese aber, wie gezeigt wurde, als bindende allgemeine Norm nach Gesetzen der Nothwendigkeit entsteht. Wenn aber das Dispositivgesetz überhaupt nur in Ermanglung einer andern

---

*) Das Wort mores bezeichnet sehr häufig die Stimme des natürlichen Rechtsgefühles.

**) Vergl. Schweppe a. a. O. §. 7.

rechtlichen Bestimmung gelten will, so liegt es ganz in seiner Natur, daß es auch einer jüngern Gewohnheit weicht. Denn es wollte ja das betreffende Verhältniß nicht absolut normiren, sondern nur nicht ohne alle rechtliche Norm lassen; und indem nun eine solche durch die Gewohnheit fest begründet wird, ist das Dispositivgesetz seiner Natur nach überflüssig geworden *). — Diese Ansicht wird dadurch bestärkt, daß in unsern Gesetzen sich für besondre Verhältnisse des Verkehrs Dispositivnormen finden, und doch auch auf mos regionis verwiesen wird **).

Auf der andern Seite ist es rechtlich unmöglich, daß ein absolut verbietendes oder gebietendes Gesetz durch eine entgegengesetzte Gewohnheit oder desuetudo aufgehoben werde. Denn alle gegen das Gesetz oder ohne Beobachtung der gesetzlichen Erfordernisse vorgenommenen Handlungen sind nichtig, unwirksam, aus dem rechtlichen Standpunkte gar nicht vorhanden. Einer fortgesetzt nichtigen Handlungsweise aber die Kraft beilegen, Rechtsnormen zu begründen, und bestehende aufzuheben, wäre offenbar vernunftwidrig.

Diese der Natur der Sache gemäße Unterscheidung zwischen Dispositiv- und Prohibitiv-Gesetzen scheint auch zur Vereinigung der sich dem ersten Anschein nach widerstreitenden Stellen des römischen Rechtes vollkommen geeignet zu seyn. In fr. 32. §. 1. de leg. stellt Julian den Satz auf, daß eigentliche Gesetze durch Entwöhnung

*) Durch bloße desuetudo kann ein Dispositivgesetz nur in sofern aufgehoben werden, als das Verhältniß demungeachtet nicht ohne positive Bestimmung bleibt.

**) Fr. 31. §. 20. de aedil. Edicto: „ea enim, quae sunt moris et consuetudinis, in bonae fidei judiciis debent venire“. Fr. 34. de reg. Juris: „semper in stipulationibus et in caeteris contractibus id sequimur, quod actum est, aut si non pareat, quid actum est, erit consequens, ut id sequamur, quod in regione, in qua actum est, frequentatur“.

abgeschafft werden können. Aber in diesem Fragmente ist, wie sich aus dem Eingang desselben *) klar ergiebt, nur von Dispositivgesetzen die Rede. In C. 2. quae sit longa cons. hingegen hatte der Kaiser offenbar ein absolut gebietendes oder verbietendes Gesetz vor Augen. Das Dispositivgesetz weicht seiner Natur nach jeder andern Verfügung; von ihm kann man niemals sagen, „es werde besiegt" — weil es nicht kämpft. — Das Prohibitivgesetz aber will jeden entgegenstehenden Willen niederkämpfen, und so unüberwindlich seyn, wie es die kathegorischen Imperative der Vernunft sind: darum sagt der Kaiser, die Kraft der consuetudo gehe nicht so weit, ut aut rationem vincat, aut legem.

Die Aussprüche des canonischen Rechts über unsre Frage können, da sie mit einer wirklichen ambiguitas behaftet sind, kein entscheidendes Gewicht haben.

3.

Es ist durchaus irrig, wenn Schweppe **) behauptet, der Beweis der Gewohnheit werde überflüssig, wenn schon früher, des dagegen eingelegten Widerspruchs ungeachtet, auf die Gewohnheit gerichtlich erkannt ist. Denn das in dem früheren Prozesse gefällte Erkenntniß hat sich ja auch auf eine über das Daseyn der Gewohnheit unternommene Beweisführung gefußt, und die Beweisführung in einem Prozesse zwischen A und B kann auf keinen Fall gegen einen Dritten benutzt werden ***). — Welche Ungerechtigkeit käme, wollte man Schweppe's Ansicht beipflichten, heraus, wenn der Richter in dem frühern Prozesse das Gewohnheitsrecht deßwegen für bewiesen

---

*) De quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus et consuetudine introductum est etc.

**) A. a. O. §. 35.

***) C. 1, 2 — inter alios acta vel judicata.

erachten und darauf erkennen mußte, weil der Gegner den gestellten Beweis gehörig zu bestreiten versäumte, z. B. gegen die verdächtigen Zeugen nicht excipirte.

Das angezogne fr. 34. de legibus sagt weiter nichts, als daß ein früheres Erkenntniß die Behauptung eines Gewohnheitsrechtes unterstütze, und daß also der Richter darauf Rücksicht nehmen müsse; keineswegs aber, daß ein solches den Beweis der Gewohnheit in einem spätern Prozesse ganz überflüssig mache.

Notorische, zur eigenen Wahrnehmung der Gerichte gelangte Gewohnheiten bedürfen gar keines Beweises *).

VI.

Rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritas. Gerichtsgebrauch, Praxis **).

1.

Die Richter sind ministri, nicht arbitri juris. Von ihnen darf die Begründung materieller Rechtssätze nicht ausgehen ***). Wenn daher, in Ermanglung gesetzlicher Vorschrift und probehältiger Analogie, zur Entscheidung einzelner Fälle eine bestimmte Norm noch so oft befolgt wurde, so kann sie doch hierdurch für die Zukunft nicht verbindlich werden. Eben so wenig darf eine noch so lange befolgte doktrinale Auslegung beibehalten werden,

*) Thibaut, Pandektenrecht §. 20. a. E.

**) Schweppe a. a. O. §. 36.

***) Gesterding a. a. O.

wenn später gezeigt wird, daß sie auf falschen oder unvollständigen Prämissen beruht habe *).

Nur dann, wenn in einer gesetzlichen Vorschrift Zweideutigkeit, Widerstreit oder Unbestimmtheit in der Art obwalten, daß die Interpretation mit allen ihr zu Gebote stehenden Hülfsmitteln kein bestimmtes, zuverlässiges Resultat liefern kann; — nur dann tritt, insofern doch einmal nach dem Gesetze geurtheilt werden soll, die Wirksamkeit des Gerichtsgebrauches (in diesem Sinne) der rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritas ein: d. h. die Auslegung **) der absolut zweifelhaften Stelle, welche eine Zeit lang fortwährend in judicando zu Grunde gelegt wurde, soll auch ferner beibehalten werden. Dies ist der Sinn des fr. 38. de legibus ***).

*) C. 13. de sent. et interloc: „Non exemplis sed legibus judicandum est".

**) Das Wort: „Auslegung" kann hier nur uneigentlicher Weise gebraucht werden. Denn es wird ja vorausgesetzt, daß man die Meinung des Gesetzgebers nicht mit Bestimmtheit ausmitteln könne, und dann eine der möglichen Bedeutungen nach Willkühr zum praktischen Gebrauche ausgewählt und festgesetzt. Die Auktorität der s g. usuellen Interpretation, welche durch die Gewohnheit geschieht, darf also mit dieser auctoritas rerum judicatarum nicht verwechselt werden. Bei jener kömmt das Resultat doktrinaler Auslegung nicht in Betracht; diese setzt voraus, daß die vorher versuchte doktrinale Interpretation kein Resultat gegeben habe. Gleichfalls ganz verschieden sind die gleichsam als modificirende Rechtsquellen erscheinenden s. g. Usualinterpretationen, von welchen Schweppe §. 32. spricht. Durch sie ist in gewisse Stellen des römischen und canonischen Rechts z. B. die s. g. Leges „si contendat" und „diffamari" ein Sinn gelegt worden, den der wissenschaftliche Ausleger nicht von ferne darin finden kann. Aber man kann gewissermaßen behaupten, daß diese Stellen nur mit diesem fingirten Sinne recipirt wurden.

***) Gesterding a. a. O.

Consequenterweise muß aber diese rerum judicatarum auctoritas weichen, wenn durch neu aufgefundene Hülfsmittel der wissenschaftlichen Auslegung der Weg zu einem sicheren Resultate eröffnet wird.

Dieselbe kann auch, als ausgehend von Beamten der Staatsgewalt, nicht als Art des Gewohnheitsrechtes aufgeführt werden, insofern man Gewohnheit nicht im weitern Sinne nimmt, sondern darunter die auf Rechtsverhältnisse Bezug habende Handlungsweise der Unterthanen versteht *).

2.

Das Wort „Gerichtsgebrauch“ wird häufig gleichbedeutend mit der eben charakterisirten rerum judicatarum auctoritas gebraucht. In einem andern Sinne versteht man darunter diejenigen, die Formen der Rechtsverfolgung betreffenden, Bestimmungen, welche sich durch Gewohnheit gebildet haben. Ob sich nun ein Gericht, auch außer dem Falle einer wirklichen ambiguitas der Prozeßgesetze, einen solchen Gerichtsgebrauch bilden könne, ist gleichfalls nicht unbestritten **). Einige Verordnungen des codex ***) scheinen, indem sie einen mos judiciorum, einen mos procedendi anerkennen, die

*) Gesterding a. a. O.

**) Vergl. E. A. Haus, Versuch über den rechtlichen Werth des Gerichtsgebrauchs §. 3.

***) C. 12. §. 5. de reb. cred. — C. 11. de injuriis. — Thibaut (Pandektenrecht §. 16.) citirt diese Stellen nebst c. 3. de aedif. priv., um die Zulässigkeit des Gerichtsgebrauchs auch in Begründung materieller Rechtssätze zu rechtfertigen. Aber die beiden ersten sprechen offenbar nur von einem auf das Verfahren Bezug habenden Gerichtsgebrauch, und letztere hat offenbar kein rechtliches sondern polizeiliches Verhältniß zum Gegenstande.

bejahende Antwort zu rechtfertigen. Nur versteht es sich von selbst, daß ein solcher prozessualischer Gerichtsgebrauch nur ergänzende, niemals derogirende, Kraft haben kann. Denn es wäre die ärgste Verkehrtheit, wenn von Beamten, die zur Vollziehung der Gesetze berufen sind, die Aufhebung derselben ausgehen könnte.

3.

Gleichbedeutend mit „Gerichtsgebrauch" bedient man sich auch häufig der Worte Praxis und Observanz. Mit dem Worte „Praxis" sucht man aber auch wohl den leidigen Schlendrian zu bemänteln und geltend zu machen, welcher heutzutage noch statt wissenschaftlicher lebendiger Gesetzkunde die Urtheils-Quelle vieler Gerichte ist. Praktiker dieser Art lassen nichts als praktisch gelten, was sie nicht wissen; sie wissen aber nichts, als was in ihrem usus modernus oder promtuarium juris steht, oder was sie sonst als gangbaren Rechtssatz aus Erfahrung kennen. Jedem Einwand, den man ihnen, gestützt auf die Gesetze macht, begegnen sie, wie Böhmer *) sich ausdrückt, mit der cantilena communis: „hanc sententiam „in praxi servari: eam esse communi usu receptam" und wer die Auktorität dieser s. g. Praxis nicht anerkennen will, wenn sie die Auktorität der Gesetze gefährdet, der wird von ihnen als Neuerer, juristischer Sonderling, Liebhaber von Spitzfindigkeiten, als Theoretiker ohne praktischen Sinn bezeichnet **).

---

*) J. H. Boehmer exerc. de injusta Theoriae et Praxeos oppositione forensi. §. 13. (exerc. ad Pand. Tom. I. nro. X.)

**) Thomasius sagt von der Jurisprudenz, welche von dergleichen Rittern des Schlendrians geübt wird: „quae jus non quaerit in fontibus legum, sed in rivulis docto-

Offenbar braucht man, um die Verwerflichkeit dieser s. g. Praxis nachzuweisen, nur die Opposition hervorzuheben, in welcher sie sich den Gesetzen gegenüberstellt. Aber es ist leicht erklärbar, wie sich ein solcher unnatürlicher Gegensatz von Theorie und Praxis bilden konnte; der Grund davon liegt in dem natürlichen Gegensatze, in welchem das Leben des deutschen Volkes mit den Rechtsvorschriften steht, die sich aus dem Leben des römischen Volkes gebildet haben. Das Verlassen der unvolksthümlichen Grundlage unseres Rechtslebens konnte aber so lange nicht frommen, als dafür eine andere volksthümliche nicht gegeben war. Das geschlechtslose Unthier des usus modernus, der praxis forensis, welches man auf den Thron der Gerechtigkeit setzte, entsprach weder den römischen Gesetzen noch dem deutschen Leben; und da sich jeder Jurist das Götzenbild nach eignen Ideen schnitzte, so mußte es allmählich ungewiß und schwankend werden, was geltende Rechtsnorm sey, und in der Unsicherheit der Rechtsnormen die Herrschaft des Rechtes überhaupt untergehen.

So lange also die römischen Gesetzbücher noch die Quelle des geltenden Rechtes sind, so muß nicht nur der Theoretiker das Leben von dem Standpunkte der römischen Rechtsnormen anschauen, sondern auch der Praktiker dasselbe nach dem Inhalte derselben ordnen und bestimmen. Der natürliche Gegensatz des deutschen Lebens und des römischen Gesetzes muß durch deutsche ächte Wissenschaft des römischen Rechtes versöhnt und ausgeglichen, und so die Einheit lebendiger Theorie und wissenschaftlicher Praxis erstrebt werden *).

---

rum, quae legibus non inspectis, ad commentatores currit et interpretes; quae legum pariter verba et potestatem negligit, et sola nititur auctoritate". Vergl. Boehmer l. c. §. 14.

*) Vergl. die Vorrede zu meinen „civilistischen Erörterungen".

VII.

Gegenseitiges Verhältniß der einzelnen Theile des justinianeischen Rechts *).

1.

Die Compilation des ältern Rechts, bestehend aus Institutionen, Pandekten und Codex soll zusammen ein Ganzes ausmachen, und zwar ein harmonisches, dessen einzelne Theile sich gegenseitig ergänzen und vollkommen ineinander passen. Obgleich der Promulgationstag des codex repetitae praelectionis fast ein Jahr später fällt, als der Gesetzestag der Pandekten und Institutionen, so müssen sie doch im Ganzen als gleichzeitiges Recht aufgefaßt werden. Denn der neue Codex sollte nur eine verbesserte und vermehrte Ausgabe des alten seyn, und ganz an dessen Stelle treten **). — Daraus ergiebt sich die Folge, daß die gangbare Regel, der Codex derogire im Collisionsfalle den Pandekten und Institutionen, den Ansichten und Vorschriften Justinians nicht gemäß sey.

2.

Gleichwohl geht aus innern Gründen im Falle eines eigentlichen direkten Widerstreits ***) der Codex den Pandekten vor.

---

*) Schweppe a. a. O. §. 46.

**) Vergl. Thibaut civil. Abhandl. Nro. VI. — Nur denjenigen einzelnen Constitutionen des neuen Codex, deren Datum jünger ist, als der Gesetzestag der Pandekten, kann gegen diese eine wahrhaft derogirende Kraft beigelegt werden.

***) So manche angebliche Collisionen des Codex und der Pandekten werden verschwinden, wenn man als Ausleger den

Die Constitutionen des Codex, welche schon vor ihrer Compilation großentheils gesetzliche Kraft hatten, oder mit dieser durch die Aufnahme in die Sammlung vom Jahre 529 bekleidet wurden, sollten häufig die von den ältern Juristen vorgetragenen Rechtssätze abändern. Demungeachtet nahm Justinian noch viele solcher bereits außer Kraft gesetzter Rechtssätze in die Pandekten auf. Dies läßt sich aber leicht begreifen, wenn man erwägt, daß die Pandekten nach Justinians Ansichten, nicht blos ein Gesetzbuch, sondern auch ein Lehrbuch seyn, in dieser Eigenschaft alles Wissenswürdige enthalten, und die ganze Masse der ältern juristischen Schriften entbehrlich machen sollten. Nach diesem Plan mußten die Pandekten, als wissenschaftliches, historisches Material gar vieles aufnehmen, was nicht geltendes Recht war, was insbesondre nur dazu dienen sollte, die Verständlichkeit der kaiserlichen Constitutionen zu befördern. Daraus ergiebt sich nun das Resultat, daß der Grund, warum der Codex im Falle eines Widerstreits den Pandekten vorgehen muß, nicht in einer vom Gesetzgeber ausgehenden Derogation, sondern in dem innern Verhältnisse des Praktischen zu dem liegt, was bloß historisches Material seyn soll *).

3.

Sind die dogmatischen Sätze der Institutionen mit einer Constitution des Codex in wirklichem Widerstreit, so geht diese, als derogirend, vor, wenn sie nach dem

---

Grundsatz vor Augen hat, daß Regeln und Ausnahmen, Hauptsätze und Nebenbestimmungen niemals eigentlich im Widerstreite sind, sondern mit einander beschränkend und ergänzend vereinigt werden müssen. — Vergl. Thibaut a. a. O. S. 88—90.

*) Thibaut a. a. O. S. 90—93.

Gesetzestage der Institutionen erlassen ist. Sonst aber würde es kein Vereinigungsmittel geben. Denn die Constitutionen enthalten gerade so praktische Sätze, welche sich Justinian eigen gemacht hat, wie die Institutionen.

Wenn die Institutionen-Stelle nur Excerpt aus einer Constitution ist und seyn soll, so muß natürlich diese über den Sinn des Ganzen entscheiden *).

4.

Im Verhältnisse der Institutionen und Pandekten ist vorerst ein Widerstreit überall nicht anzunehmen, wenn die Letztern blos ergänzend, erweiternd oder beschränkend sind. Im übrigen ist der Vorzug der Institutionen durch dieselben Gründe gerechtfertigt, aus welchen die Pandekten auch dem Codex nachstehen müssen. Dieser Vorzug beruht auch hier nicht auf Derogation, sondern auf dem Verhältnisse des praktischen zu dem historischen Material.

Dabei leidet es jedoch keinen Zweifel, daß die Institutionen aus den Pandekten zu berichtigen sind, wenn es ausgemacht ist, daß sich eine Pandektenstelle dort in einem absichtlos unrichtigen Excerpte wiederfindet **).

5.

Was den Widerstreit verschiedener Stellen desselben Haupttheils betrifft, so läßt sich Schweppes Behauptung, daß im Codex die jüngere Constitution der ältern, in den Pandekten die jüngere Meinung der ältern vorgehe, durchaus nicht billigen. Denn Justinian hat auf

---

*) Thibaut a. a. O. S. 93–4.

**) Thibaut a. a. O. S. 95–7.

das bestimmteste erklärt, daß sich sowohl im Codex als in den Pandekten keine Widersprüche finden, und durch das nachdrückliche Verbot, das Daseyn von Widersprüchen anzunehmen, den Vorzug der jüngern Constitution oder des jüngern Juristen offenbar ausgeschlossen *).

Zwar mag uns manchmal das Altersverhältniß der in den Pandekten excerpirten Juristen darüber aufklären, was geltendes Recht, was bloß historisches, wissenschaftliches Material seyn solle; eben so, wie sich dieses Erkenntniß aus dem Gegensatze eines Argumentes aus kaiserlicher Entscheidung mit einem aus Rechtsgründen, eines Argumentes ex utilitate mit einem ex mero jure, ergeben kann. Keineswegs kann aber dem jüngern Juristen, dem Argumente aus kaiserlicher Entscheidung und ex utilitate ein absoluter, rücksichtloser Vorzug beigemessen werden.

Müssen wir in einzelnen Fällen an dem glücklichen Erfolge aller wissenschaftlichen Vereinigungsversuche verzweifeln, so dürfen wir zwar nimmermehr einen Widerspruch als wirklich vorhanden annehmen, aber doch bekennen, daß wir nicht einsehen, was denn eigentlich des Gesetzgebers wahrhafte Meinung sey. Denn daß der Ausleger manchmal auf arbiguitates stoßen möge, hat Kaiser Severus eingeräumt, indem er für dergleichen Fälle rescribirte:

„In ambiguitatibus, quae ex legibus proficiscun-
„tur, consuetudinem, aut rerum perpetuo similiter
„judicatarum auctoritatem, vim legis obtinere de-
„bere" **).

---

*) Vergl. Const. Summa reipubl. de Justin. cod. confirm. §. 1. — nov. 158. — const. tanta circa de confirm. digest. §. 15.

**) Fr. 38. de legibus. — Vergl. oben nro. V.

VIII.

Jus in re und obligatio.

1.

Dingliches Recht (dominium in weiterm Sinne, jus in re) ist das direkt an einer Sache zustehende Recht, kraft dessen der Berechtigte über dieselbe zu verfügen, auf dieselbe unmittelbar einzuwirken befugt ist. Ein bestimmtes Verhältniß des Berechtigten zu andern Personen tritt nur dann ein *), wenn eine solche, sein direktes Verhältniß zu der Sache nicht anerkennend, die Ausübung desselben hindert. Das Verhältniß des dinglich Berechtigten zu einer bestimmten andern Person ist also immer ein indirektes, mittelbares, eine Folge seines direkten Verhältnisses zu der Sache. Eben darum sagt man ganz richtig, das dingliche Recht gehe allgemein gegen jeden unbestimmten Dritten, d. h. es kann gegen Jeden geltend gemacht werden, welcher das direkte Verhältniß zu der Sache auf irgend eine Weise beeinträchtiget.

*) Durch das dingliche Recht wird die Sache unmittelbar in die Rechtssphäre des Berechtigten gezogen. Nun kann dieser zwar nach dem allgemeinen Gebot: „Suum cuique" von allen andern fordern, daß sie sein direktes Verhältniß zur Sache auf keine Weise beeinträchtigen. Aber diese allgemeine Berechtigung hat ihren Grund nicht in der besondern Natur des dinglichen Rechtes, sondern in dem angeführten über allem Unterschied der Rechte stehenden Rechtsgebot. — Justitia, sagt Ulpian (fr. 10. pr. de just. et jure), est constans et perpetua voluntas, jus suum cuique tribuendi.

Zur Geltendmachung, zur Verfolgung des angegriffenen dinglichen Rechtes dient die actio in rem *), welche, der Natur des sie begründenden Rechtes gemäß, gegen Jeden zusteht, der durch einen Eingriff in dasselbe zu dem Berechtigten in das erwähnte indirekte Verhältniß getreten ist, und darauf geht, daß das fragliche Recht als dem Kläger zuständig anerkannt, und dessen Ausübung eröffnet und gesichert werde **).

2.

Forderung (persönliches Recht, obligatio, jus in personam) ist das direkt gegen eine bestimmte Person (debitor) zustehende Recht, kraft dessen diese dem Berechtigten (creditor) etwas (zu geben, zu thun, oder zu leisten — debitum im Allgemeinen) schuldig ist †). Auf eine Sache hat das Obligationsverhältniß entweder gar keine Beziehung, oder doch nur eine mittelbare, indirekte, indem nämlich der debitor dem creditor eine Sache z. B. zu überliefern schuldig ist. Die Forderung geht immer nur gegen die persona obligata, welche durch die concrete Thatsache (factum obligatorium) bestimmt wird, die dem Verhältnisse seine Entstehung giebt ††). Ohne

---

*) In wiefern auch die Präjudicialklagen zu den actiones in rem zu rechnen sind, kann hier, wo blos von reinen Vermögensrechten die Rede ist, nicht untersucht werden.

**) Vergl. Feuerbach civilistische Versuche. Nro. 8. S. 270. 2.

†) Fr. 3. pr. de O. et A. — Vergl. Hugo Lehrbuch des heutigen römischen Rechts. 5te Aufl. §. 210; und die dort allegirten Stellen des civilistischen Magazins.

††) Im Daseyn der obligatio ist schon ihre Richtung gegen eine bestimmte Person gegeben; dahingegen das dingliche Recht besteht und ausgeübt wird — ohne irgend eine Beziehung gegen eine bestimmte Person.

das Vorhandenseyn einer besondern obligatorischen Thatsache kann das Daseyn eines Obligationsverhältnisses nicht gedacht werden. Denn jeder ist wohl an und für sich verbunden, nicht in die Rechtssphäre der Andern einzugreifen; aber Niemand kann ohne besondern Grund verbunden seyn, dem Andern etwas zu geben, zu thun, zu leisten, oder etwas, wozu er seinerseits befugt ist, zu des Andern Besten zu unterlassen *).

Zur Geltendmachung der obligatio dient die actio in personam, welche dem creditor gegen den debitor darauf zusteht, daß dieser schuldig erkannt werde, die obligatio zu erfüllen, d. h. dasjenige zu geben, zu thun, zu leisten, zu unterlassen, wozu er aus der Obligation verbunden ist **).

**) Zwar ist auch zur Entstehung des dinglichen Rechts eine besondre Thatsache der Erwerbung erforderlich. Aber diese Thatsache bestimmt nicht die Personen, gegen die es gilt. Ist es einmal erworben, so besteht es unabhängig von der Thatsache seiner Erwerbung, und wirkt gegen jeden Dritten, nicht wegen eines in seiner Person eingetretenen factum obligatorium, sondern weil es direkt auf die Sache geht, und diese unmittelbar in die Rechtssphäre des Berechtigten zieht. — Vergl. Feuerbach a. a. O. S. 266—7.

**) Fr. 25. pr. de O. et A. — Der Zweck der dinglichen Klage besteht dem Wesen nach niemals darin, daß der Beklagte etwas geben oder leisten soll; sie geht nur darauf, daß das eingeklagte Recht anerkannt und dessen Ausübung eröffnet werde. Die z. B. in der vindicatio liegende Forderung, daß mir der Beklagte die Sache herausgebe, ist nur secundäre Folge; — indem durch die Herausgabe die physische Möglichkeit erlangt wird, das Eigenthum auszuüben. — Bei der persönlichen Klage begehre ich zwar auch Anerkennung meines Rechtes; — aber nicht zum Zweck des Fortbestehens, sondern vielmehr zum Zweck der Aufhebung desselben; denn ich will Erfüllung

3.

In einigen Fällen gränzen dingliches Recht und Forderung sehr nahe an einander, und es treten dabei dingliche und persönliche Klage gleichsam in nähere Verwandtschaft. Dahin gehören

1) diejenigen Fälle, in denen die Person, gegen welche die Forderung zusteht, durch den Besitz einer Sache bestimmt wird, wo also jeder Besitzer persona obligata ist. So geht die Forderung, welche das Gesetz aus dem Interesse *), eine Sache zu sehen, entstehen läßt, gegen jeden Besitzer der Sache. Die actio ad exhibendum **) ist gegen jeden Besitzer darauf gerichtet, daß er die Sache vorzeige ***). —

So wird die Forderung auf Ersatz des Schadens, den ein Thier angerichtet hat, gegen jeden Besitzer dieses Thieres verfolgt †) (actio de pauperie); und die Forderung auf Herstellung des alten Wasserlaufs findet gegen jeden Besitzer ††) des Grundstücks statt, auf welchem die

---

der Obligation, und durch die Erfüllung, durch das wirkliche Geben, Thun u. s. w. wird ja die Obligation aufgehoben.

*) Fr. 3. §. 9. ad exhib.: „judex igitur summarie debebit cognoscere, an ejus intersit, etc.

**) Darüber, daß die actio ad exhibendum einen wahren Forderungsgrund habe, nämlich die aequitas exhibitionis — ist zu vergleichen Einert Tractatus de actione ad exhibendum §. 22.

***) Fr. 2, 3. §. 7. ad exhib.

†) Fr. 28. de noxal. act.

††) Der das Grundstück als Eigenthümer oder Usufructuar besitzt. Fr. 4. §. 2, fr. 5. fr. 18. pr. fr. 22. §. 2. de aqua et aqu. pl. arc.

schädliche Veränderung vorgegangen ist (actio aquae pluviae arcendae).

In allen Fällen dieser Art ist der Besitz einer Sache (ohne daß das Geben derselben Sache Gegenstand der Obligation ist *) Theil des factum obligatorium, indem durch ihn die Person bestimmt wird, gegen welche die Forderung, die das Gesetz aus einer andern Thatsache entstehen läßt, gerichtet ist.

Das Rechtsverhältniß ist hier eine reine Obligation, die Klage eine reine actio in personam. Diese hat aber mit der rei vindicatio, mit der actio hypothecaria zufälligerweise das gemein, daß sie auch gegen jeden Besitzer einer Sache geht. Dies ist aber bei den dinglichen Klagen darum der Fall, weil der Kläger das Eigenthum der Sache oder ein Pfandrecht auf dieselbe hat, und dies sein Recht gegen Jeden geltend machen kann, bei dem er die Sache findet; dagegen bei den actionibus in personam der angeführten Art, weil jeder Besitzer persona obligata ist. Sieht man auf den Zweck und das Resultat der Klage, so tritt die generische Verschiedenheit der hier und dort zu Grunde liegenden Verhältnisse deutlich hervor.

2) Noch näher gränzt die Forderung an das dingliche Recht in denjenigen Fällen, wo dieselbe nicht allein

---

*) Bei der actio ad exhibendum ist das Vorzeigen, bei der actio aquae pluviae arcendae die Wiederherstellung des alten Wasserlaufs, bei der actio de pauperie der Ersatz des zugefügten Schadens-Gegenstand der Forderung. Nur kann im letzten Falle der zum Schadensersatz verbundene und hierauf in Anspruch genommene Beklagte sich von der Forderung befreien, wenn er dem Kläger das Thier hingiebt, durch dessen Besitz er persona obligata und Beklagter geworden ist.

gegen die ursprüngliche persona obligata, sondern auch ausnahmsweise gegen den dritten Besitzer der Sache, welche ihren Gegenstand ausmacht, geltend gemacht werden kann. So kann die prätorische actio quod metus gegen jeden Besitzer der abgezwungenen Sache angestellt werden *), und die gleichfalls aus dem Edikte begründete Paulianische Klage geht auch gegen den dritten Inhaber der Sache, wenn er in bösem Glauben besitzt **).

Die Fälle dieser Art unterscheiden sich dadurch von denen der vorigen, daß dort durch den Besitz der Sache ein debitor überhaupt erst bestimmt wird, hier aber die aus einer andern Thatsache (der Abzwingung, der dolosen Veräußerung) gegen eine bestimmte Person (den Abzwingenden, den mitwissenden Empfänger) ursprünglich begründete Forderung auf Zurückgabe einer Sache, gegen den dritten Besitzer derselben erweitert ist. Darin, daß die Sache selbst, deren Besitzer debitor und Beklagter ist, den Gegenstand des Rechtes (freilich nur den mittelbaren) ausmacht, liegt hier die größere Aehnlichkeit mit dem dinglichen Rechte, mit der dinglichen Klage. Uebrigens wird auch hier eine wahre Forderung verfolgt, der dritte Besitzer der Sache als persona obligata belangt, und in Zweck und Resultat der Klage spricht sich die Natur einer persönlichen aus ***).

---

*) Fr. 14. §. 3. quod metus.

**) §. 6. I. de act. Ich setze natürlich hier voraus, daß die actio Pauliana keine wahrhaft dingliche sey. Vergl. Thibauts Versuche. 2te Aufl. B. II. S. 39, 40.

***) Wenn Schweppe (Juristisches Magazin B. 1. H. 1. S. 25.) behauptet, daß bei diesen Klagen und mehrern andern von ihm in dieselbe Cathegorie gestellten die praescriptio decem vel viginti annorum zuläßig sey, und sich dabei auf c. 3. de his quae vi metusve causa beruft, so kann man

Nur auf diese Art persönlicher Klagen paßt der so verschieden und weit gebrauchte Ausdruck „actio in rem scripta“ *). Der Beisatz „in rem“ bezeichnet offenbar eine Erweiterung der Klage in Hinsicht des Beklagten **): und daß eine solche Erweiterung nur bei dieser Art persönlicher Klagen, nicht aber bei der unter 1) erörterten statt finde, wurde bereits gezeigt ***).

---

ihm durchaus nicht beistimmen. Denn in der angeführten Constitution ist offenbar nicht von der actio quod metus die Rede, sondern unter der actio in rem secundum formam perpetui Edicti kann nur die Vindication als actio rescissoria gemeint seyn. (Vergl. fr. 9. §. 6. quod metus causa: „Licet tamen in rem actionem dandam existimemus, quia res in bonis est ejus, qui vim passus est: verum non sine ratione dicetur, si in quadruplum quis egerit, finiri in rem actionem. Hier ist die actio in rem der alternativ concurrirenden actio quod metus gerade entgegen gestellt). Jede Vindication muß aber wegfallen, wenn der Besitzer der Sache das Eigenthum derselben durch Ersitzung erworben hat, und aus diesem Gesichtspunkte läßt der Kaiser Gordian in der citirten Const. die actio in rem gegen den dritten Besitzer der abgezwungenen Sache nur unter der Voraussetzung zu: „si modo, qui secundo loco comparavit, longae possessionis praescriptione non fuerit munitus“.

*) Fr. 9. §. 8. quod metus: „cum autem haec actio in rem sit scripta, nec personam vim facientis coerceat, sed adversus omnes restitui velit, quod metus causa factum est: etc. — Vergl. fr. 4. §. 33. de doli et metus exc. — Das Wort „scripta“ deutet offenbar auf die der materiellen Erweiterung entsprechende Klagformel, welche hier ohne Bezeichnung des Beklagten abgefaßt wurde. Vgl. Vinnius Comment. ad Instit. de Actionibus §. 2.

**) Nämlich dahin, daß keine Beschränkung auf eine bestimmte Person statt findet. Vergl. Schweppes Magazin a. a. O. S. 14.

***) Demgemäß kann ich nur die actio quod metus, und die actio Pauliana, als „in rem scriptae“ anerkennen.

3) Noch giebt es Klagen, welche offenbar ihren Grund in einem dinglichen Rechte haben, auch gegen jeden Besitzer der Sache, auf die das dingliche Recht zusteht, gerichtet sind, aber nicht auf Anerkennung des dinglichen Rechts gehen, sondern nur, wie die persönlichen, „ad dandum aliquid“ auf ein Leisten, Geben. Unter den Klagen, die hieher gehören *), kann man wieder verschiedene Arten unterscheiden:

a) In manchen Fällen sprechen die Gesetze demjenigen, der ein dingliches Recht auf eine Sache zu haben behauptet, diesen seinen Anspruch aber nicht juristisch gewiß, jedoch wahrscheinlich gemacht hat, — zwar noch nicht das dingliche Recht selbst, aber wohl einstweilen das in demselben enthaltene jus possidendi zu; so daß eine spätere definitive Erörterung über das Subjekt des vollkommenen dinglichen Rechtes immer noch offen bleibt. Die zur Geltendmachung dieses provisorisch anerkannten jus possidendi gegebenen Klagen gehen gerade so wie z. B. die actio emti, auf Uebertragung des Besitzes der Sache (ad tradendam possessionem). Hieher gehören das interdictum quorum bonorum **) und das s. g. remedium ex l. ult. C. de ed. D. Hadriani tollendo, als provisorische Erbschaftsklagen ***), und das

---

*) Diese Erörterung mag als Beitrag zur Erklärung des fr. 1. §. 3 de intendictis gelten. (Interdicta omnia, licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt).

**) C. 3. quorum bonorum.

***) Es möchte scheinen, als ob auch die missiones in bonorum possessionem ventris nomine und ex Carboniano edicto hieher gehörten. Vergl. Hugo a. a. O. §. 285. — Aber die hier vorkommende Imploration des Richters ist gegen einen Gegner gar nicht gerichtet: der Richter wird dadurch nur zu einem Akte der Obervormundschaft aufge-

interdictum Salvianum *), als provisorische Hypothekenklage.

b) In andern Fällen ist das dingliche Recht überhaupt außer allem Zweifel. Die Ausübung des in demselben enthaltenen jus possidendi wird aber durch Vorenthaltung der Sache oder sonst **) von einem Dritten gehindert, ohne daß der dinglich Berechtigte gegen diesen aus einem Obligationsgrunde klagen könnte. Für solche Fälle finden sich nun Klagen, welche gleichfalls nur ad tradendam possessionem gehen. Hierher gehören das interdictum de glande legenda ***), das interdictum quod legatorum †), und die actio ad exhibendum im Falle der fr. 5. §. 3, 4, 5. und fr. 9. §. 1. ad exhibendum ††).

---

fordert. Daß diese missiones in bonorum possessionem mit der Folge der Alimentation aus diesem Gesichtspunkte von unsern Gesetzen aufgefaßt sind, ergiebt sich deutlich aus fr. 1. pr. de ventre in poss. mitt.: Sicuti liberorum eorum, qui jam in rebus humanis sunt, curam Praetor habuit, ita etiam eos, qui nondum nati sunt, propter spem nascendi non neglexit. — Fr. 1. pr. de Carb. ed.: in den Worten: „ac si nulla controversia esset". —

*) Fr. 1. pr. §. 1, c. 1. de Salviano interdicto.

**) Indem z. B. der Dritte dem Eigenthümer den Zutritt zu seiner Sache unmöglich macht.

***) Fr. un. de glande legenda.

†) Fr. 1. §. 1, 2. quod legatorum.

††) Fr. 5. §. 3. cit.: „Item Celsus scribit, stercus, quod in aream meam congessisti, per ad exhibendum actionem posse te consequi, ut tollas. — §. 4.: „Sed et si ratis delata sit vi fluminis in agrum alterius, posse eum conveniri ad exhibendum, Neratius scribit". — §. 5. „Sed et si de ruina aliquid in tuam aream, vel in tuas aedes deciderit, teneberis ad exhibendum. — — —

4) Dingliches Recht und Forderung kommen gleichsam im Indifferenzpunkte zusammen bei denjenigen Klagen, welche gegen den s. g. fictus possessor gerichtet sind. Hier fußt sich die Klage offenbar auf das dingliche Recht *) (Eigenthum, Erbrecht), der Beklagte aber wird durch einen besondern Forderungsgrund **) bestimmt, nämlich durch die dolose Besitzentäußerung (qui dolo desiit possidere) oder Prozeßübernahme (qui liti se obtulit). Der die Natur einer persönlichen Klage aussprechende Zweck, den Werth der Sache zu erlangen, rechtfertigt sich gleichwohl nur unter Voraussetzung des dinglichen Rechts auf dieselbe; und das endliche Resultat wird auf eine Weise herbeigeführt, welche dinglichen und persönlichen Klagen gemeinsam ist — nämlich durch das jusjurandum in litem †).

Für diese Fälle kann man sich an Hugos Aeußerung anschließen; „daß blos der Sprachgebrauch entscheide, ob man von einem Rechte auf eine Sache, oder „von einer Forderung sprechen soll" ††).

---

*) Fr. 27. §. 3. de R. V.: Sed et is, qui ante litem contestatam dolo desiit rem possidere, tenetur in rem actione. — Fr. 13. §. 13. de h. p.: „non solum autem ab eo peti hereditas pot est, qui corpus hereditarium possidet, sed et si nihil. Et videndum, si non possidens obtulerit tamen se petitioni, an teneatur? Et Celsus lib. 4. Digestorum scribit, ex dolo eum teneri; dolo enim facere eum, qui se offert petitioni".

**) Vergl. die Worte des citirten fr. 13. §. 13. de h. p.: „ex dolo eum teneri".

†) Fr. 5. §. 1. de in litem jurando. Fr. 25. §. 8, 10. — Fr. 68. de R. V.

††) Hugo (a. a. O. §. 211.) hat sie auch auf die Fälle der actiones in rem scriptae bezogen.

IX.

Zur allgemeinen Lehre von den physischen Personen.

1.

Ueber das Erforderniß der Lebensfähigkeit.

Schweppe *) führt als fünfte Bedingung der Existenz als Mensch auf: „die Möglichkeit der Fortsetzung des Lebens", weshalb die Geburt nicht vor dem siebenten Monate nach der Conception erfolgt seyn dürfe". Beweisstellen sollen fr. 12. de statu hominum **) und fr. 3. §. 12. de suis et legitimis heredibus ***) seyn; aber diese Fragmente dürften ihre Bestimmung hier kaum erfüllen. Ihr Inhalt ist folgender: Hippokrates hat gesagt, die Möglichkeit, daß ein concipirtes Kind getrennt von der Mutter fortlebe, trete mit dem siebenten Monate der Schwangerschaft ein; — und der Divus Pius hat dieselbe Ansicht in einem Rescripte an die Pontifices geäußert. Ihr zufolge kann ein Kind, welches im siebenten Monate der Ehe oder nach

*) Römisches Privatrecht §. 59.

**) Paulus: „septimo mense, nasci perfectum partum, jam receptum est, propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis: et ideo credendum est, eum, qui ex justis nuptiis septimo mense natus est, justum filium esse".

***) Ulpianus: „de eo autem, qui centesimo octogesimo secundo die natus est, Hippocrates scripsit, et Divus Pius Pontificibus rescripsit, justo tempore videri natum: nec videri in servitutem conceptum, cum mater ipsius ante centesimum octogesimum secundum diem esset manumissa".

Freilassung der Mutter geboren ward und fortlebt, in der Ehe oder in der Zeit, da die Mutter schon frei war, concipirt worden seyn, und darum hier den status libertatis, dort den status familiae für sich behaupten. Erfolgte die Geburt aber vor der angegebenen Zeit, so muß man, in Gemäßheit obiger Voraussetzung, annehmen, daß die Conception vor der Ehe oder vor der Freilassung geschehen sey, und darum dem fortlebenden Kinde in dem einen Falle die Legitimität, in dem andern der status libertatis abgesprochen werden.

Hier ist durchaus nicht davon die Rede, daß ein Kind, um als Mensch zu existiren, nicht vor dem siebenten Monate nach erfolgter Conception geboren seyn dürfe; sondern nur das ist gesagt, daß, wenn die Geburt vor dem siebenten Monate, von Zeit der Eingehung der Ehe oder der Freilassung an, erfolgte, das Kind in dem einen Falle nicht als Freier, in dem andern nicht als Familienglied geboren sey. Die angeführten Gesetze entscheiden den Fall, wo es im Zweifel ist, ob ein fortlebendes (also offenbar lebensfähiges) Kind den status libertatis oder familiae habe; der Rechtssatz des Autors will für solche Fälle gelten, wo es im Zweifel ist, ob ein zwar lebendig gebornes, aber (weil es nicht lebensfähig war) alsbald wieder gestorbenes Kind überhaupt als Mensch, als Rechtssubjekt existirt habe *). In den Gesetzen erscheint das Daseyn der Lebensfähigkeit mittelbar als Grund, das Daseyn des status zu bestreiten **); nach der Lehre des Autors soll

*) Dies auszumitteln, kann sehr wichtig seyn, z. B. wenn es in Frage ist, ob das unreif geborne Kind das Testament des Vaters rumpirt und dessen Erbschaft als suus erworben habe.

**) Denn es wird also geschlossen: Wer lebensfähig geboren wurde, muß von der Mutter wenigstens über 6 Monate

der Mangel der Lebensfähigkeit als Grund gelten, die Existenz als Mensch zu leugnen.

Dem Allem gemäß muß man behaupten, daß der Satz: „zum Daseyn als Mensch, als Rechtssubjekt überhaupt, genüge nicht das Leben, sondern werde noch die Möglichkeit, es fortzusetzen, erfordert, weshalb die Geburt nicht vor dem siebenten Monate erfolgt seyn dürfe“ — aus den angeführten Gesetzen nicht abgeleitet, sondern mit Hülfe der Phantasie in sie hinein getragen sey. Da er nun eben so wenig in der Natur der Sache *) gegründet ist, so muß man ihn verwerfen, und die Existenz als Mensch schon durch einen Moment wirklichen Lebens für begründet halten.

---

getragen worden seyn: nur wer in justis nuptiis oder von einer freien Mutter concipirt ist, wird als Familienglied, als freier Mensch geboren: Wer also, bevor 6 Monate von Zeit der Eingehung der Ehe oder der Freilassung der Mutter an verflossen sind, lebensfähig geboren wurde, ist nicht in der Ehe, nicht von einer freien Mutter concipirt, und kann daher den status familiae oder libertatis nicht in Anspruch nehmen.

*) Die Natur der Sache, das Leben sträubt sich vielmehr dagegen. Wie wird in kritischen Fällen auszumachen seyn, ob die Geburt am Ende des sechsten oder am Anfang des siebenten erfolgt sey? — Wie, wenn die Geburt zweifellos vor Anfang des siebenten erfolgte, das Kind aber 8, 14 Tage, 3 bis 4 Wochen lebt, und dann stirbt — wer wird dann mit Zuversicht behaupten können, daß Mangel an Lebensfähigkeit den Tod herbeigeführt habe? — Wann tritt der Zeitpunkt ein, wo man sagen kann: praesumtio cedit veritati? — Denn daß durch das wirkliche Fortleben die Vermuthung der Unmöglichkeit des Fortlebens umgestoßen werde, wird man wohl zugeben. Sonst müßte der Marschall von Richelieu, der (wie im ersten Band sei-

2.

Ueber die Delation der Erbfolge in das Vermögen der Verschollenen *).

Die Rechtslehrer streiten darüber, ob in Rücksicht der Frage, wem die Delation der Intestaterbfolge in das Vermögen der Verschollenen geschehe, auf die Zeit, da der Erblasser sich entfernte, oder auf die, da sein Vermögen unter Curatel gesetzt wurde, oder auf die, da die Vermuthung seines Todes eintritt, oder endlich auf die zu sehen sey, da die gerichtliche Todterklärung erfolgt. Offenbar können die beiden zuerst erwähnten Zeitmomente die entscheidenden nicht seyn. Denn so lange die Vermuthung für den Tod nicht eintritt, wird der Abwesende für lebend gehalten; und da diese Vermuthungen des Lebens und Todes an die Stelle der im Zweifel schwebenden Wirklichkeit treten, so muß der Grundsatz: „viventis non est hereditas" die Delation der Erbfolge so lange unmöglich machen, als die Fortdauer des Lebens vermuthet wird. In dem Augenblicke des vermutheten Todes aber muß, so wie im Augenblicke des wirklichen, die Delation geschehen; also im Augenblicke der Zurücklegung des 70ten Jahres. Durch die nachfolgende richterliche Todterklärung wird die Vermuthung des Todes nicht erst begründet; sondern nur ausgesprochen, daß sie bereits eingetreten sey. Durch diesen Ausspruch ist daher nicht die Delation bedingt, wohl aber die Adquisi-

---

ner Memoiren — in der Uebersetzung S. 72. zu lesen ist) im fünften Monate geboren und in einem Körbchen von Baumwolle vollends ausgebrütet wurde, demungeachtet aber 93 Jahre alt wurde, sein Lebenlang kein Mensch und kein Rechtssubjekt gewesen seyn.

*) Schweppe a. a. O. §. 61. — Kind quaestiones forenses. ed. II. Tom. I. c. 64.

tion. In dem bezeichneten Augenblicke werden die Verwandten des Verschollenen, welche itzt den Gesetzen nach die nächsten sind, zur Erbfolge berufen, sie erwerben aber die Erbschaft erst mittelst des Dekretes, welches, indem es den Tod des Verschollenen erklärt, ihnen das Erbrecht auf dessen hinterlassenes Vermögen zuspricht. Decreto bonorum possessionem accipiunt *).

3.

Ueber die Bestimmung des Wohnorts einer Person **).

Eine Person hat ihren Wohnort da, wo sie ihn haben will: ubi quis domicilium habeat, existimatione animi est accipiendum ***). Aber es genügt nicht, diesen auf Begründung oder Veränderung des Wohnorts gerichteten Willen mit Wort oder Schrift zu erklären, sondern er muß, damit er wirksam sey, durch die That ausgesprochen werden, d. h. die Person muß, damit ein Ort als ihr Wohnort gelten könne, ihren Wohnsitz daselbst wirklich aufgeschlagen haben †). Wenn Rechte und Verbindlichkeiten davon abhängen, ob eine Person ihren Wohnort hier oder anderswo habe, so ist demgemäß die Entscheidung nicht in einer itzt zu erholenden Willenserklärung zu suchen, sondern man hat vielmehr auf den bereits bethätigten Willen, d. h. darauf zu sehen, wo die fragliche Person wirklich wohne, d. h. ihren fixirten Aufenthalt habe.

---

*) Vergl. fr. 4. de conjungendis cum emancipato liberis ejus. Fr. 14. §. 1. de bon. poss. contra tabulas.

**) Schweppe R. P. §. 68.

***) Fr. 27. §. 2. ad munic.

†) Fr. 20. eod: „domicilium re et facto transfertur, non nuda contestatione“.

Aber eben dies zu erkennen, wo Jemand faktisch seinen Wohnort habe, mag in vielen Fällen schwierig seyn. Wenn er einen Theil des Jahres an dem einen, den übrigen an dem andern Orte zubringt, wenn er hier und dort mit Haus und Grundstücken angesessen ist, oder Etablissemens hat, so wird die Frage nach seinem Wohnorte wohl manches Bedenken erregen. Schweppe sagt: die Umstände müssen entscheiden. Eine andre bestimmtere Entscheidungsnorm wird sich wohl kaum aufstellen lassen. Worin die Umstände bestehen, auf welche man in judicando sehen soll, darüber geben unsre Gesetze einzelne Andeutungen. So rescribiren Diocletian und Maximinian *): „et in eodem loco singulos habere domicilium, non ambigitur, ubi quis larem, rerumque, ac fortunarum suarum summam constituit, unde non sit discessurus, si nihil avocet: unde cum profectus est, peregrinari videtur: quod si rediit, peregrinari jam destitit". Ulpian lehrt **): „siquis negotia sua non in colonia, sed in municipio semper agit, in illo vendit, emit, contrahit, in eo foro, balineo, spectaculis utitur: ibi festos dies celebrat, omnibus denique municipii commodis, nullis coloniarum, fruitur, ibi magis habere domicilium, quam ubi colendi causa deversatur". Nach einer dritten Stelle ***) soll der Wohnort da angenommen werden: „ubi majorem bonorum partem possident, et assidue versantur †).

---

*) C. 7. de incolis.

**) Fr. 27. §. 1. ad municipales.

***) C. 2. ubi senat. — Vergl. fr. 17. §. 13. ad municipales: „sola domus possessio, quae in aliena civitate comparatur, domicilium non facit". — C. 4. de incolis.

†) Nach Glück (Commentar. B. 6. §. 513.) gilt es für eine ausdrückliche Festsetzung des Wohnorts, wenn Jemand an dem Orte, wo er wohnt, sich unter die Zahl der Bür-

Für solche Fälle, wo auch nach Erwägung aller Umstände noch ein absoluter Zweifel zwischen mehrern Orten übrig bleibt, ist es offen gelassen, ein mehrfaches Domizil anzunehmen *).

Die willkührliche Erwählung oder Veränderung des Wohnorts setzt übrigens, weil sie rechtliche Folgen nach sich zieht, z. B. den Gerichtsstand des Wohnorts begründet, die statuta personalia bestimmt — stäts voraus, daß die Person in der Lage ist, über sich und das ihrige verfügen zu können **).

4.

Infamia. Ehrlosigkeit.

Der Staat, welcher durch Anerkennung des moralischen Werthes im Menschen bürgerliche Ehre verleiht, entzieht sie ganz oder zum Theil, wenn der einzelne Staatsbürger durch schlechtes Betragen seinen moralischen Unwerth an den Tag gelegt hat. Die einer Person zukommende bürgerliche Ehre kann keine besondre rechtlichen Folgen haben; denn die bürgerliche Ehre ist eine allgemeine Eigenschaft aller Personen, die sich derselben nicht unwürdig gemacht haben. So wie aber die Entziehung und Schmälerung derselben nur in besondern

---

ger hat aufnehmen lassen, und den Huldigungseid geleistet hat. Als stillschweigende Aeußerung der Absicht, seinen bisherigen Wohnort aufzugeben und ihn anderswo zu begründen, ist angeführt: wenn Jemand seine Sachen, die er an seinem bisherigen Wohnorte besessen hatte, verkauft, sich mit Frau und Kindern an einen andern Ort begiebt, und daselbst eine neue Haushaltung anfängt.

*) Fr. 5, 6. §. 2., fr. 27. §. 2. ad municipales.

**) Vergl. Thibaut Pandektenrecht, §. 1069.

Fällen eintritt, so hat sie auch besondre rechtliche Folgen.

Die gänzliche Vernichtung der bürgerlichen Ehre fiel bei den Römern mit der Vernichtung der Persönlichkeit zusammen. Wer nach den Gesetzen eine consumtio famae erlitt, hörte auf, Person, Rechtssubjekt zu seyn. In Deutschland hingegen kann man seiner bürgerlichen Ehre ganz verlustig, man kann vollkommen ehrlos werden, ohne deßwegen aufzuhören, Person zu seyn.

Wenn nun auch das deutsche Wort: „Ehrlosigkeit" der Etymologie nach gleichbedeutend ist mit dem römischen „infamia", so sind sie doch der Bedeutung nach sehr verschieden. Der römische infamis hat nur eine Verminderung seiner Ehre, der deutsche Ehrlose den gänzlichen Verlust derselben erlitten *). Die gangbare Verwechslung mag wohl darin ihren Grund haben, weil die Ehrlosigkeit so wenig als die infamia die Persönlichkeit aufhebt, und weil sie einzelne Entstehungsgründe **) mit einander gemein haben. Doch in sehr vielen Fällen, wo bei den Römern infamia eintrat, kann bei Uns von Ehrlosigkeit nicht die Rede seyn, z. B. in den s. g. infamirenden Contrakten; und auch in den Folgen, so weit nach deutschem Rechte etwas Bestimmtes darüber anzugeben ist, lassen sich mancherlei Verschiedenheiten nachweisen ***).

---

*) Hagemeister in Hugos civ. Magazin. B. III. S. 167. ff.

**) Die Entstehungsgründe der heutigen Ehrlosigkeit gehören alle in's Criminalrecht, bei der infamia nur einige. Vergl. fr. 7. de publ. jud.

***) Vergl. Runde Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts §. 306.

Welche schlechte Handlungen die Ehrlosigkeit herbeiführen, und unter welchen Voraussetzungen sie eintritt — darüber hat das Criminalrecht Auskunft zu geben. Hier mag nur soviel bemerkt werden, daß sie nie ipso jure eintritt *).

X.

Gemünztes Metall, als Träger des allgemeinen Tauschmittels **).

1.

Gemünztes Metall kann Gegenstand eines Rechtsverhältnisses seyn, entweder als Sache, als corpus schlechthin; oder als körperlicher Träger des allgemeinen Tauschmittels — als Geld. Jenes ist der Fall z. B. beim Depositum, wo die übergebenen Münzen nach der Natur des Geschäftes zu bewahren, und ganz dieselben (eadem corpora) zurückzugeben sind ***); — ferner wenn Stücke

---

*) Vergl. Thibaut Pandektenrecht §. 243.

**) Schweppe a. a. O. §. 90. — zu den Worten: „wobei die Frage, ob Jemand das Gebührende leistet oder empfängt" u. s. w. — Vergl. G. Hufeland primae lineae juris circa pec. priv. — Part. I Jenae 1803. Desselben Gutachten über die Entscheidung der durch die Herabsetzung der Bankzettel in Tyrol entstandenen Streitigkeiten. — Schrader quid debito pecuniario contracto, praesertim mutationibus circa pecuniam factis, solvendum sit. Tub. 1814.

***) Fr. 1. §. 5. de O. et A.

gemünzten Metalles, welche an einem bestimmten Orte verwahrt sind, zum Gegenstand einer Forderung gemacht werden *); — eben so wenn gemünztes Metall pompae et ostentationis causa geliehen wird (commodatum pecuniae) **).

In allen diesen Fällen besteht das Gebührende in einem bestimmten corpus, in einer gegebenen species gemünzten Metalles. Hiervon spricht aber Schweppe a. a. Orte nicht, sondern von dem andern Falle, wo gemünztes Metall nicht an sich, sondern nur dadurch Gegenstand eines Rechtsverhältnisses ist, daß es das allgemeine Tauschmittel — das Geld — vertritt und darstellt. — Es sind z. B. hundert Gulden geschuldet. Bestünde nun das allgemeine Tauschmittel in gestempeltem Leder oder Papier, so wäre hier von gemünztem Metalle gar nicht die Rede. Denn nur ein bestimmtes Maaß des allgemeinen Tauschmittels wird unter der Bezeichnung von 100 Gulden geschuldet, nicht gerade eine bestimmte Anzahl Metallmünzen.

Da ist nun die Aufgabe, eine Regel aufzustellen, nach welcher in jedem gegebenen Falle bemessen werden kann, wieviel (und welches) gemünzte Metall dazu gehört, um das an allgemeinem Tauschmittel — an Geld — Gebührende vollkommen zu berichtigen. Die Lösung dieser Aufgabe hängt offenbar von der Beantwortung der Frage ab, wodurch denn eigentlich das gemünzte Metall die Eigenschaft eines allgemeinen Tauschmittels erhalte; denn sobald man dieß weiß, so liegt auch vor, aus welcher Quelle der Maßstab der Realisirung des ideellen Geldes durch gemünztes Metall zu schöpfen sey.

---

*) Fr. 34. §. 4. de leg. I.

**) Fr. 3. §. 6. Fr. 4. commod.

Diese präjudicielle Beantwortung wird sich aber in Folgendem ergeben.

Das allgemeine Tauschmittel, das Geld, ist bestimmt und nothwendig, um die Mühseligkeiten und Schwierigkeiten des unmittelbaren gegenseitigen Austausches zu beseitigen. Es soll daher ein Maßstab seyn, wodurch alle Dinge der Sinnenwelt nach ihrem Werth gemessen werden können, ein medium, wodurch die verschiedenartigsten Gegenstände miteinander in Verhältniß gesetzt werden, ein tertium comparationis, in dem sich die entschiedensten Ungleichheiten ausgleichen. Z. B. ein Pferd und ein Weinberg, gewiß zwei der verschiedenartigsten Gegenstände, sollen in Rücksicht des Werthes in Verhältniß zueinander gesetzt werden; ohne ein tertium comparationis wäre dies kaum zu bewerkstelligen; — vermöge des allgemeinen Tauschmittels ist es sehr leicht. Man nimmt an, das Pferd sey 500, der Weinberg 1000 Gulden werth, und sofort ist das Resultat gegeben, daß der Weinberg 500 Gulden mehr werth sey, als das Pferd.

Damit aber ein Ding der Maßstab des Werthes aller andern Dinge seyn könne, ist offenbar nothwendig, daß es selbst einen durchaus bestimmten, unwandelbaren, absoluten Werth habe; und eben dieser bestimmte absolute Werth muß das charakteristische Merkmal desjenigen Körpers seyn, der das ideelle Geld, das allgemeine Tauschmittel — repräsentiren soll.

Nun fragt sich, wodurch erhält das gemünzte Metall einen so absoluten Werth, daß es als Geld funktioniren kann? — Zwei Momente kommen hier vornehmlich in Betracht, 1) der innere Metallgehalt, 2) das äußere durch die Staatsgewalt bewirkte Gepräge.

Was den innern Gehalt betrifft, so haben Silber und Gold, abgesehen von dem Gepräge, wohl keineswegs einen so absoluten Werth, daß nach gewissen Gewichten dieser edlen Metalle der Werth aller Dinge gleichförmig bestimmt und gemessen werden könnte: denn, nimmt man das Gepräge hinweg, so tritt das edle Metall in die Reihe der andern Waaren zurück, ohne einen allgemein anerkannten, festen Tauschwerth zu haben, und kann daher als Werthmesser aller andern Dinge nicht mehr gelten. Die Materie des edlen Metalles ist zwar vermöge ihrer Seltenheit, Dauerhaftigkeit, Beweglichkeit und Theilbarkeit sehr zum Repräsentanten des allgemeinen Tauschmittels geeignet; aber die Idee der Allgemeingültigkeit ist in der Eigenthümlichkeit der Materie noch nicht gegeben. Den entscheidenden absoluten Werth erhält das Metall vielmehr erst durch das Münzen, durch das Gepräge der Staatsgewalt. Indem der Regent durch den Münzstempel erklärt: „dies Metallstück soll als allgemeines Tauschmittel zu 24 Kreuzer gelten, so ist der absolute Werth dieses Metallstückes zu 24 Kreuzer im ganzen Staate sofort begründet. Das Gepräge *) setzt also das Verhältniß zwischen der Idee des Geldes überhaupt und einem gegebenen Metallstücke fest; d. h. es bestimmt, auf welche Quantität das allgemeine Tauschmittel durch dies Metallstück realisirt sey. Daraus ergiebt sich das Resultat: Wenn in einem gegebenen Falle die Frage entsteht, wieviel gemünztes Metall gebühre, um eine Geldschuld zu berichtigen, so kann sich die Antwort nur aus der Vergleichung des Betrags der Schuld mit dem des Gepräges an dem gemünzten Metalle ergeben. Keineswegs ist aber, wie Schweppe behauptet, lediglich auf den innern Gehalt des edlen Metalles zu sehen.

---

*) Ob der Nennwerth schon durch das Gepräge oder durch ein besonderes Patent bestimmt wird, ist offenbar gleichgültig.

Die hier aus der Natur der Sache erörterte Ansicht findet einen positiven Stützpunkt in fr. 1. pr. de contrahenda emtione, wo **Paulus** sagt:

„Origo emendi vendendique a permutationibus coe-„pit: olim enim non ita erat nummus: neque aliud „merx, aliud pretium vocabatur: sed unusquisque „secundum necessitatem temporum ac rerum utili-„bus inutilia permutabat, quando plerumque eve-„nit, ut, quod alteri superest, alteri desit: sed quia „non semper, nec facile concurrebat, ut, cum tu „haberes, quod ego desiderarem, invicem haberem, „quod tu accipere velles, electa materia est, cujus „publica ac perpetua aestimatio difficultatibus per-„mutationum, aequalitate quantitatis subveniret: „eaque materia *forma publica percussa*, „usum dominiumque non tam ex *substan-„tia* praebet, quam ex *quantitate*: nec ultra „merx utrumque, sed alterum pretium vocatur".

Hier ist ausdrücklich gesagt, daß das gemünzte Metall (eaque materia forma publica percussa) seine Bedeutung nicht sowohl durch seinen innern Gehalt (non tam ex substantia), als vielmehr durch den mittelst des Gepräges bestimmten Nennwerth (ex quantitate) habe.

So zeigt ferner der häufig vorkommende Gegensatz von pecunia numerata und corpus deutlich an, daß die Wesenheit der pecunia nicht im corpus, in der Materie, im Metallgehalte (pondus) liege *).

---

*) Fr. 94. §. 1. de solutionibus: „sin autem communes nummos „credam, aut solvam, confestim pro parte mea nascetur et „actio et liberatio: sive in singulis nummis communionem „pro indiviso quis intelligat, sive in pecunia non cor-„pora cogitet, sed quantitatem" — Vergl. fr. 10. de acceptilat. fr. 19. §. 2. fr. 46. de cond. indeb. fr. 27. §. 1. de auro et arg. legato.

Sehr treffend sagt in dieser Hinsicht Averani *): „neque materia, aut pondus, aut corpora nummorum sunt in obligatione, sed valor, potestas, „et publica nummorum aestimatio: et quod est „in obligatione, debet esse in solutione".

Schweppe führt zur Begründung seiner Ansicht, daß man nämlich auf den innern Metallgehalt sehen müsse, C. 1. de veteris nummismatis potestate an. Hier rescribiren Valentinian und Valens:

„Solidos veterum principum veneratione formatos, „ita tradi ac suscipi ab ementibus et distrahentibus „jubemus, ut nihil omnino refragationis oriatur, „modo ut debiti ponderis sint et speciei „probae: scituris universis, qui aliter fecerint, „haud leviter in se vindicandum".

Die Kaiser bedrohen durch dies Mandat diejenigen mit Strafen, welche die mit dem Bildnisse der frühern Regenten ausgeprägten solidi nicht nach dem Nennwerth annehmen wollen, und fügen hinzu, wie es sich von selbst verstehe, daß hier nur vollwichtige und ächte Münzen gemeint seyen.

Eine ähnliche Verordnung war schon in der „Lex Cornelia testamentaria oder de falsis" enthalten. Die Vergleichung dieser mit unsrer Constitution wird die Auslegung der Letztern sehr erleichtern. In Paulus sent. recept. Lib. V. Tit. 25. heißt es §. 1.:

„Lege Cornelia testamentaria tenetur, qui — — — „nummos aureos, argenteos adulteraverit, laverit, „conflaverit, raserit, corruperit, vitiaverit: vultuve principum signatam monetam, „*praeter adulterinam*, reprobaverit".

---

*) Interpr. jur. lib. III. c. 10.

Auch hier werden demjenigen Strafen gedroht, der monetas vultu principum signatas anzunehmen sich weigert (reprobaverit); auch hier findet sich ein Beisatz „praeter adulterinam“, der zwar nicht den Worten aber dem Sinne nach *) mit dem der Constitution „modo sint speciei probae“ ganz und gar zusammenfällt.

Wenn nun erlaubt wird, die Annahme unächter Münzen, ob sie gleich das Bildniß eines Regenten tragen, zu verweigern, — so ist hierdurch nichts weniger ausgesprochen, als daß bei den Münzen der innere Metallgehalt entscheidend sey; vielmehr gerade das Gegentheil. Die falschen Münzen, wenn sie auch den vollen Metallgehalt haben, werden deßwegen verworfen, weil ihr Gepräge nicht von der Staatsgewalt ausgieng: nur durch das Gepräge der Staatsgewalt kann das edle Metall zum Gelde werden, nur von der Staatsgewalt kann es bestimmt werden, in wie weit ein Stückchen edlen Metalles das allgemeine Tauschmittel darstelle.

Eben so wenig hat der Beisatz auf sich: „modo sint debiti ponderis“. Die alten Münzen, von denen in der Constitution die Rede ist, können im Laufe der Zeit durch den Gebrauch selbst oder durch Beschneidung an Gewicht verloren haben. Nicht aber der Verlust an Gewicht ist der Grund, warum man nun ihre Annahme verweigern kann; sondern dieser liegt vielmehr darin, daß es nicht mehr dasselbe Metallstück ist, welches die alten Kaiser als Träger des allgemeinen Tauschmittels im Betrage eines solidus ausgeprägt und ausgegeben haben. — Nicht das Gewicht giebt dem gemünzten

*) Moneta speciei probae, nummus bonus heißt — ächte Münze; nummus adulterinus — unächte, falsche Münze. Vergl. Cicero de officiis Lib. III. c. 23. fr. 6. §. 1. ad legem Juliam peculatus. C. 1. de falsa moneta.

Metalle den absoluten Werth; aber wohl wird jedes Geldstück nach einem bestimmten Gewichte (debitum pondus) ausgeprägt. Z. B. jeder s. g. Conventionsthaler soll den zehnten Theil einer feinen Mark Silbers enthalten; dieser Norm zufolge kann der einzelne nach ihr ausgeprägte Conventionsthaler nicht mehr für voll gelten, wenn er, z. B. durch Beschneiden, an dem debitum pondus verloren hat; — nicht aber, weil eine feine Mark Silbers den absoluten Werth von 10 Conventionsthalern hätte, sondern weil die Staatsgewalt als debitum pondus eines Conventionsthalers den zehnten Theil einer feinen Mark Silbers bestimmt hat *).

2.

Die Frage, was bei einer Geldschuld **) — an Metallmünzen gebühre, kömmt vorzüglich in solchen Fällen

---

*) Schon Aristoteles hatte diese Ansicht, indem er in seiner Ethik B. V. Cap. 8. sagt: „καὶ διὰ τοῦτο τοὔνομα ἔχει νόμισμα, ὅτι οὐ φύσει, ἀλλα νόμῳ ἐστί". (Das gemünzte Metall heißt darum νόμισμα, weil es das, was es ist, nämlich Geld, nicht kraft seiner Natur, sondern kraft des νόμος, kraft des Gesetzes ist). Zu einer ähnlichen etymologischen Erklärung bietet das deutsche Wort „Münze" Gelegenheit dar.

**) Wie schon bemerkt wurde, sind bei einer Geldschuld Metallmünzen an und für sich gar nicht in obligatione. Was geschuldet wird, ist eine Quantität des allgemeinen Tauschmittels überhaupt, der pecunia in dem Sinne, in welchem Bynkershoek obs. I, 9. treffend sagt: „etenim cum pecunia res sit incorporalis, et in quantitate pretii sola consistit, multitudo corporum necquicquam spectatur". Metallmünzen kommen dabei nur insofern zur Sprache, als sie das ideelle Geld repräsentiren, und demgemäß mittelst ihrer die Erfüllung der Obligation geschieht.

vor, wenn zwischen der Zeit, da eine Forderung begründet wurde, und derjenigen, da sie erfüllt werden soll, eine Münzveränderung eintritt; insbesondre wenn die Münzveränderung zwischen die Aus- und Zurückzahlung eines Darleihens fällt.

Die Münzveränderung ist entweder eine äußere oder innere; nämlich entweder bleiben es dieselben Münzen, und nur ihr Nennwerth wird vermehrt oder vermindert; oder es werden neue Münzen mit verändertem Metallgehalt ausgeprägt und in Umlauf gesetzt.

Die Anwendung der hier vorgetragenen Grundsätze auf den Fall einer äußeren Münzveränderung wird sich in folgendem Beispiele zeigen. Ein Darleihen von 100 Gulden ward zu der Zeit gegeben, als eine gewisse Münze 4 Gulden galt. Nun erscheint eine Verordnung, vermöge deren dieselbe Münze für die Zukunft 5 Gulden gelten soll. Der Schuldner, der das Darleihen in 25 Stücken dieser Münze erhalten hat, will es jetzt mit 20 Stücken derselben Sorte abtragen. Der Gläubiger will sich aber damit nicht begnügen, indem er tantumdem, gerade so viel in quantitate und qualitate zurückerhalten müsse, als er gegeben habe. Aber es fragt sich, was war denn Gegenstand der Forderung, das corpus, die Zahl, das Gewicht der 25 Münzen, oder vielmehr, wie Averani sagt, deren valor, potestas, und publica aestimatio *)? — Da nun in 20 dergleichen Münzen

*) Den Unterschied eines Gelddarleihens von einem Darleihen andrer fungibler Sachen in dieser Beziehung charakterisirt Averani a. a. O. cap. 10. folgendermaßen: „Verum hoc interest inter pecuniam numeratam aliasque res, quae functionem in genere suo recipiunt, frumentum, vinum, oleum, quod hae in mutuum deducuntur ratione quantitatis, non vero

gerade soviel an „valor, potestas, und publica aestimatio“ ist, als vordem in 25, so ist kein Zweifel, daß jene in 25 Stücken contrahirte Schuld jetzt mit 20 derselben Sorte abgetragen werden könne. — Eben so ist es im umgewandten Falle, wenn die fragliche Münze herabgewürdigt wurde *).

Ist eine innere Münzveränderung vorgegangen, sind neue Münzen mit demselben Nennwerthe, wie die alten, aber mit anderem Metallgehalt geprägt und ausgegeben worden, so frägt es sich z. B., ob, wenn ein Darleihen in hundert alten Kronenthalern gegeben wurde, nun das Gebührende mit hundert neuen Kronenthalern schlechteren Gehaltes zurückgezahlt werden könne? — Consequenterweise gilt zur Antwort: — Allerdings. Denn valor, potestas, und publica aestimatio, die durch das Gepräge der Staatsgewalt bestimmt werden, sind bei den neuen dieselben, wie bei den alten.

3.

Diese Grundsätze und ihre Folgerungen bestimmen nun die Bedeutung des einheimischen gemünzten Metalles in dem innern Verkehrsleben eines gegebenen Staates an und für sich ganz entschöpfend. Nur muß hier schon

ratione aestimationis: quod enim plus, minusve valeant, nihil ad mutuum: solummodo numerus, pondus, mensura consideratur, spectaturque, quis numerus modiorum, amphorarum, metretarum, quod pondus laridi, carnis, et aliarum ejusmodi rerum, quae mutuae dantur. Contra pecunia nummique ratione non solum quantitatis, sed maxime aestimationis in mutuum deducuntur. Quantitas enim in pecunia est ipsamet aestimatio etc.

*) Vergl. Averanius l. c. cap. 11.

bemerkt werden, daß sich häufig, gerade so wie eine vom Gesetze abweichende Gewohnheit, ein von dem Geprägswerthe abweichender Curswerth einzelner Münzsorten bildet. So wie durch das Leben selbst, durch die Gewohnheit des Handelns, Normen des Handelns gebildet und bestehende verändert werden, so auch durch das Leben des Verkehrs die Normen, welche den absoluten Verkehrswerth gewisser Sorten gemünzten Metalles bestimmen. Eine Abweichung des Curswerthes kann aber nicht stattfinden, wenn die Festsetzung des gesetzlichen nach Art eines Prohibitivgesetzes geschah.

Der abweichende Curswerth einzelner Münzsorten äußert sich darin, daß Münzen, die gleichen Nennwerth haben, im Verkehrswerthe, im Curs von einander verschieden sind *).

Der Grund der Abweichung des Curses mag allerdings häufig in der Rücksicht auf den Metallgehalt liegen; Münzen schlechteren Metallgehaltes verlieren gewöhnlich im Curse gegen andere, welche in dieser Beziehung besser sind. Aber eben so oft sind andere Umstände das entscheidende Moment, z. B. gewisse Münzsorten werden nicht bei den öffentlichen Cassen angenommen: grobe Sorten sind für den Verkehr bequemer: die große Nachfrage nach Gold in Kriegszeiten u. s. w. — Auf alle Fälle ist auch bei Festsetzung des Curswerthes das Princip nicht in dem innern Gehalte **) gelegen, sondern in

*) Z. B. eine Dukate und 25 Zwölfkreuzerstücke haben gleichen Nennwerth. Dem Curs nach repräsentirt jene das allgemeine Tauschmittel in einem höhern Betrage, als diese.

**) Die Meinung, die an Metallgehalt bessere Münze habe höhern Werth, als die in gleicher Beziehung schlechtere

dem wirklichen Cursiren nach einem bestimmten Werthe.

Der Curswerth ist nicht beständig, er ist häufigem Wechsel unterworfen. Vielleicht möchte es scheinen, als ob in diesem Wechsel der Charakter des absoluten Werthes, welchen jeder Träger des allgemeinen Tauschmittels haben muß, ganz und gar untergehe. Aber nicht darin liegt das Wesen des absoluten Werthes der Geldmünzen, daß sie fortwährend, sondern darin, daß sie in jedem Augenblicke für Jedermann gleichen Werth haben.

Wo nun irgend der Curswerth einer Münze von dem Geprägswerthe abweicht, da bestimmen sich „valor, potestas und publica aestimatio" derselben nach Jenem, und demgemäß ist auch die Frage: ob Jemand das Gebührende leistet oder empfängt? nach dem Curswerthe zu beantworten.

Will nun z. B. der Schuldner das Darleihen in anderen Münzsorten zurückzahlen, die zwar gleichen Nennwerth, aber einen geringeren Curswerth als diejenigen haben, in denen es ihm gegeben wurde, so braucht sich dies der Gläubiger nur insofern gefallen zu lassen, als ihm der Abstand des Curswerths vergütet wird. Von einem solchen Fall kann verstanden werden, was Paulus in fr. 99. de solutionibus sagt:

„Creditorem *) non esse cogendum in aliam for-
„mam nummos accipere, si ex ea re damnum pas-
„surus sit".

wirkt zwar hier gleichsam als opinio necessitatis; aber nicht die opinio necessitatis, sondern das Handeln nach derselben macht dort die Gewohnheit, hier den Curs.

*) Bynkershoek's Gründe für die Florentinische Lesart „debitorem" sind offenbar nicht überzeugend.

4.

Keiner der wirklichen Staaten ist durchaus abgeschlossen; alle stehen mit dem Auslande, mit den Nachbarn in mannigfachen Verkehrsverhältnissen. So kömmt es, daß einestheils die Metallmünzen unseres Staates auch in das Ausland wandern, und anderntheils Münzen des Auslands bei uns umlaufen. Dieser Münzenverkehr hat wieder wichtige Folgen für unsre Frage über das Gebührende bei Erfüllung einer Geldschuld.

a) Von den Wirkungen der Ausfuhr unserer Münzen. Das Gepräge, der Stempel, das Emanationspatent geben in einem bestimmten Staate den Münzen, ohne Rücksicht auf ihren innern Gehalt, deßwegen einen absoluten Werth, weil sie bindende Aeußerungen *) der Staatsgewalt sind. Außer dem Territorium binden aber diese Aeußerungen nicht; nach ihnen kann sich daher der Geldwerth unserer Münzen im Auslande nicht bestimmen; derselbe wird vielmehr einzig und allein von ihrem dasigen Curse abhängen, und dieser sich aus ihrem Verhältnisse zu den dort einheimischen (oder sonst, wie einheimische, cursirenden) Münzen bilden. Da es nun der innere Metallgehalt ist, nach welchem sie mit den dort einheimischen Münzen verglichen werden können, so wird sich ihr Curs fast immer nach ihrem innern Gehalte festsetzen.

Erleiden nun z. B. unsere Münzen eine innere Verschlechterung, und wir bedienen uns derselben bei Ein-

*) Daß die Regierung auch im Inlande den Curs von dem gesetzlichen Werthe abweichen läßt, hat darin seinen guten Grund, weil der Versuch, einen Zwangscurs durchzusetzen, immer zerrüttend oder doch störend auf das Leben des Verkehrs wirkt.

käufen im Auslande, so ergiebt sich ganz natürlich das Resultat, daß wir nicht mehr soviel Waaren dafür bekommen, daß demgemäß der Preis der Bedürfnisse, die wir aus dem Auslande beziehen, im Nennwerthe steigt. Aus dem Steigen des Preises der Einfuhrbedürfnisse ergiebt sich vielleicht folgeweise ein Steigen des Preises der inländischen Erzeugnisse, eine Erhöhung des Preises aller Dinge. So kann es kommen, daß man jetzt für 100 Gulden Cursgeldes im Allgemeinen weniger einkaufen kann, als früher, da das Cursgeld besser war; — und zwar aus keinem andern Grunde, als weil das Cursgeld schlechter geworden ist. — Diesem zufolge würde derjenige, welcher früher ein Darleihen nach dem Nennwerthe der besseren Münzsorten gegeben, offenbar nicht nur an Metallgehalt (was nicht in Betracht kommt), sondern auch an Geld selbst, an allgemeinem Tauschmittel Schaden und Verlust leiden, wenn er die Zurückzahlung in den verschlechterten Münzen nach demselben Nennwerthe *) annehmen müßte. Die Ausgleichung dieses Verlustes an wahrem Gelde, an allgemeinem Tauschmittel durch Zurückzahlung eines dem Nennwerthe nach höheren Betrages kann er, da sonst der Schuldner nicht tantumdem zurückgeben würde, unbedenklich in Anspruch nehmen. — Um aber diesen Anspruch mit Erfolg geltend zu machen, muß er — etwa durch das in der Eigenschaft als Kunstverständige abgelegte Zeugniß erfahrner Handelsleute —

---

*) Wenn die Regierung den Nennwerth der verschlechterten Münzen nicht durch Zwangsbefehle durchsetzt, sondern die Bildung eines abweichenden Curswerthes zuläßt, so wird, unter den Voraussetzungen des hier vorgetragenen Falles, die schlechtere Qualität der neuen Münzen sich auch in dem Curse derselben zeigen, und der Gläubiger schon durch die unter nro. 3. entwickelten Grundsätze vor Schaden gesichert seyn.

vollkommen darthun, daß er wirklich, durch die Annahme der verschlechterten Münzen in gleichem Nennwerthsbetrage, an allgemeinem Tauschmittel Schaden leiden würde, und daß dieser Schaden in strengem Causalzusammenhange aus der Verschlechterung der Münzen hervorgehe. Denn tausend andre Umstände können das Steigen und Fallen des Preises der Dinge veranlassen.

b) Bestimmung des Geldwerthes ausländischer Metallmünzen. — Die ausländischen Metallmünzen kommen zu uns auf dem Wege des Handels. Keine Staatsgewalt giebt denselben bei Uns absoluten Geldwerth, und doch werden sie bei uns als Träger des allgemeinen Tauschmittels im Leben des Verkehres gegeben und angenommen. So wie aber durch den Curs dem gesetzlichen Geldwerthe der inländischen Metallmünzen gleichsam derogirt werden kann, so wird hier durch den Curs, ganz nach der Natur einer s. g. consuetudo constitutiva, der Geldwerth der ausländischen Münzen im Inlande erst begründet und bestimmt. Demgemäß entscheidet darüber, ob man das an Geld Gebührende in ausländischen Münzsorten richtig empfängt oder leistet, in der Regel der Curs. — Dem inländischen muß die ausländische Metallmünze vollkommen gleich geachtet werden, wenn sie vom Regenten ausdrücklich zum inländischen Cursgeld erklärt ist.

X.

Modification der Handlung durch Irrthum *).

1.

In der Regel wird es von den Gesetzen nicht beachtet, ob Jemand bei seinen Handlungen in rechtlicher und faktischer Beziehung wohl unterrichtet war, oder nicht; und man kann sich daher im Allgemeinen keine Rechtshülfe gegen die Nachtheile versprechen, welche aus einem Nicht- oder Falsch-Wissen in der einen oder andern Beziehung hervorgehen **). Das Gesetz bestimmt die rechtlichen Folgen der Handlungen nach dem, was äußerlich in der Sinnenwelt erschien, nicht nach dem, was die Handelnden gedacht oder nicht gedacht, gewußt oder

*) Schweppe a. a. O. §. 96. — Hufeland in dem erläuternden Handbuch nro. V. — Mühlenbruch über juris und facti ignorantia und deren Einfluß auf Rechtsverhältnisse; im Archiv für civilistische Praxis. B. II. nro. XXXV.

**) Wenn z. B. die Gesetze als Erforderniß der Gültigkeit gewisser Geschäfte die Beobachtung besondrer Formen vorschreiben, so kann ein dergl. Geschäft, bei dessen Eingehung die gesetzlichen Formen nicht beobachtet wurden, niemals aufrecht erhalten werden, wenn gleich die Außerachtlassung der Formen Folge eines entschuldbaren Irrthums war. — So mag Jemand eine Schenkung über 500 Solidi darum ohne Insinuation angenommen haben, weil er glaubte, der Schenker habe ihm das Geld zur Widerherstellung seines abgebrannten Hauses gegeben. Die Berufung hierauf hilft ihm aber nichts, wenn das über 500 Sol. Gegebene zurückgefordert wird.

nicht gewußt haben. Plus in re est, quam in existimatione mentis *).

Nur ausnahmsweise wendet das Gesetz die Nachtheile ab, die sich ein Handelnder durch einen Irrthum zuzog, und einen solchen Ausnahmsfall muß derjenige in der Regel nachweisen, der ein privilegirtes Nicht- oder Falsch-Wissen zu seinem Vortheil vorschützen will.

Aber auch da, wo die Gesetze den Irrenden in Schutz nehmen, kann dieser nur insofern darauf Anspruch machen, als ihm keine „ignorantia supina, negligentia crassa oder nimia securitas“ vorzuwerfen ist **). — Auf der andern Seite braucht man, um sich dieses Schutzes erfreuen zu können, nicht gerade mit einer „scrupulosa inquisitio und delatoria curiositas“ ***) verfahren zu seyn.

2.

Daß auch der Rechtsirrthum in Betracht komme, nicht allein, wenn der Irrende nur behalten will, was noch sein ist, sondern auch zum Zweck der Wiedererlan-

---

*) Fr. 9. §. 4. de jur. et facti ignorantia.

**) „Leichtsinniges Vernachlässigen auch der gewöhnlichsten Vorsicht“, sagt Mühlenbruch a. a. O., „sorglose Vergessenheit und träge Unachtsamkeit, die sich um gar nichts bekümmert, nicht weiß, oder nicht zu wissen vorgiebt, was Alle wissen, — kann da, wo das Wissen überhaupt Pflicht ist, nicht berücksichtigt werden“. — Fr. 6., fr. 9. §. 2, 5. eod.: „non stultis solet succurri, sed errantibus“.

***) Fr. 6. fr. 9. §. 2. eod. „— et recte Labeo definit, scientiam neque curiosissimi, neque negligentissimi accipiendam; verum ejus, qui eam rem diligenter inquirendo notam habere possit“.

gung des schon Verlornen, ist neuerdings von Mühlenbruch a. a. O. mit vielem Nachdruck behauptet worden. Schon Donellus *) machte sich den Einwurf: man sollte meinen, wer eine gezahlte Nichtschuld zurückfordere, wolle weiter nichts, als an seinem gegenwärtigen Vermögen keinen Schaden leiden. Aber er löst sofort diesen Zweifel wieder, indem er sagt: „qui indebitum solutum petit, alienum petit, non suum; prius enim tradendo et alienum faciendo suum habere desiit".

Mühlenbruch geht davon aus, daß er die innere Gleichheit der Fälle des damnum rei amissae suae und des damnum rei amittendae suae zu entwickeln sucht. Er sagt: „Was Jemanden rechtlich nicht gebührt, das darf er weder erhalten noch behalten, wenn nicht derjenige, welchem dadurch ein Verlust entstehen würde, durchaus freiwillig — also nicht durch Irrthum verleitet — darauf verzichtet". Er beruft sich zum Beweise dieser Behauptung auf die Rechtsregel: „jure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem **) und auf mehrere andere ähnliche Aussprüche der classischen Juristen ***). — Er sagt ferner: „Sollten wohl die Römer den Grundsatz: regula est, juris ignorantiam cuique nocere" — so weit ausgedehnt haben, daß auch dem, welcher Rechte ausübt,

*) Comm. lib. I., c. 21.

**) Fr. 14. de cond. indeb. fr. 206. de reg. jur.

***) Fr. 54. de cond. indeb.: „ex his omnibus causis, quae jure non valuerunt, vel non habuerunt effectum, secuta per errorem solutione, repetitioni locus erit". — Fr. 25. de act. rer amot.: „nam jure gentium condici puto posse res ab his, qui non ex justa causa possident". — Fr. 6. de cond. ob turp. vel injust. causam.

die ihm nicht zustehen, eine Berufung darauf wider den Irrenden zu gestatten sey, — daß ein unrechtlicher Erwerb blos darum geschützt werden müsse, weil der Verlierende sich in einem Rechtsirrthum befand? — — Widerstreitet es nicht eben so sehr dem Rechtsgefühle, daß Jemand das Seinige einbüßen müsse, weil Rechtsirrthum ihn zur Erfüllung einer nicht vorhandenen Verbindlichkeit bestimmte, als weil er durch factischen Irrthum zu einer falschen Ansicht über seine Befugnisse verführt wurde? u. s. w." *).

Man kann nun die innere Gleichheit der beiden Fälle allerdings zugeben; man kann zugeben, daß es sowohl nach der Natur der Sache, als nach generellen Gesetzesvorschriften nothwendig scheint, sie in Rücksicht der Wirkungen des Rechtsirrthums gleichzustellen. Aber diese innere Gleichheit der Fälle, die Natur der Sache, die generellen Gesetzesvorschriften können nur insofern von entscheidendem Gewichte seyn, als für einen einzelnen der beiden Fälle über die Wirkung des Rechtsirrthums entweder gar keine besondere, oder doch keine deutliche Verordnung vorliegt. Nun ist für den streitigen Fall, wenn nämlich Jemand aus einem Rechtsirrthum Etwas bereits weggegeben hat, durch eine deutliche besondre Verordnung der Grundsatz allgemein ausgesprochen, daß unter Berufung auf den Rechtsirrthum keine

---

*) Was die von Mühlenbruch angeführten Gesetze: „C. 10. de cond. indeb., fr. 16. §. 14. de publicanis, fr. 16. §. 2. de minoribus, fr. 38. de condict. ind." — betrifft, so ist es allerdings möglich, daß sie von dem error juris sprechen. Aber diese Möglichkeit muß gegen die klare Wirklichkeit der c. 10. de j. et f. ign. zurücktreten. — Fr. 1. pr. ut in poss. leg. gehört darum nicht hieher, weil der Gegenstand der satisdatio noch nicht verloren ist.

Zurückforderung Platz greife; nämlich in C. 10. de juris et facti ignorantia ist von den Kaisern rescribirt:

„Cum quis jus ignorans indebitam pecuniam sol-
„verit, cessat repetitio: per ignorantiam enim
„facti tantum repetitionem indebiti soluti compe-
„tere, tibi notum est“ *).

Der hiernach aufzustellende Rechtssatz, daß zum Zwecke der Wiedererlangung des schon Verlornen der Rechtsirrthum nicht in Betracht komme — kann durch jene allgemeinen Ansichten nicht weiter entkräftet werden, und Papinians Ausspruch: „error juris suum petentibus non nocet“ kann nur auf den Fall bezogen werden, wo Jemand nur nicht verlieren will, was er noch hat.

3.

Schweppe fügt den Grundsätzen über den Rechtsirrthum die Bemerkung bei:

„In Deutschland ist es wohl überhaupt nach dem
„ganzen Zustande des Rechts mit dessen Kunde weit
„weniger streng zu nehmen, als bei den Römern“.

Ein treffender Stützpunkt dieser restriktiven Auslegung, nach welcher für heutzutage vorkommende Fälle des

---

*) Mühlenbruchs Versuch, seine Ansicht gegen diese deutliche Gesetzstelle zu vertheidigen, ist offenbar mißlungen. Denn wenn man auch zugiebt, daß es erlaubt sey, bei deutlichen Entscheidungen nicht angeführte Umstände hinzuzudenken; wenn man auch ferner zugiebt, daß die Kaiser gerade denselben Fall vor Augen hatten, den Mühlenbruch dazu fingirt; — so bleibt es immer unleugbar, daß die Worte: „per ignorantiam enim etc.“ einen durchaus allgemeinen Rechtssatz aussprechen.

Rechtsirrthums die Anwendung der römischen Rechtssätze ausgeschlossen wird, läßt sich in dem Grunde finden, welchen der Jurist Neratius zur Rechtfertigung des Satzes:

„error juris nocet“

in fr. 2. de juris et facti ignorantia anführt. Er sagt nämlich: „auf die Unkenntniß der Rechte könne man sich deßwegen nicht berufen,

„cum jus finitum et possit esse et debeat“

d. h. weil das geltende Recht durchaus fest und völlig bestimmt seyn könne und solle; — dahingegen die faktischen Umstände des Lebens sich immer wechselnd und wandelbar gestalten.

Nun kann aber die Masse der in Deutschland geltenden Rechte in ihrem schwankenden, unklaren Ineinandergreifen, mit ihren tausendfältigen Controversen, mit der nothwendig unvollständigen Kunde der fremden Gesetze — sie kann und darf nicht als jus finitum angesehen werden, sondern erscheint vielmehr nach täglicher Erfahrung leider als jus infinitum.

4.

Ueber das Nicht- oder Falschwissen eigener Fakta stellt Schweppe den Grundsatz auf, daß ein Schaden durch Vergessenheit eben so gut abgenommen werde, wie der durch Irrthum über fremde Thatsachen. Mühlenbruch hingegen *), nachdem er angeführt, daß supina ignorantia, negligentia crassa u. d. gl. nie berücksichtigt werden, sagt beiläufig: „Zu dieser supina ignorantia „gehört denn auch der error facti proprii; wer etwas „nur vergessen hat, der kann sich in Wahrheit nicht ein-

*) Vergl. auch Thibaut, Pandektenrecht §. 28. a. E.

„mal auf Unwissenheit berufen, wie Papinian sehr „treffend sagt: facti non potest ignorationem prae- „tendere“ *).

Vorerst scheint bemerkt werden zu müssen, daß error und ignorantia facti proprii nicht allein darin bestehen können, daß man vergißt, was und wie man etwas wahrgenommen, gesagt, gethan habe, sondern auch darin, daß man irrig glaubt, etwas wahrgenommen, gesagt, gethan zu haben, was gar nicht geschehen ist **).

Die Gesetze, in welchen diese verschiedenen Fälle der ignorantia facti proprii vorkommen, setzen es auch vollkommen außer Zweifel, daß in beiden Fällen diese ignorantia nicht immer die Folgen einer supina habe. Daß die Vergessenheit eigner Fakta nicht immer so hoch angerechnet werden könne, liegt auch ganz in der Natur

*) Diese Worte Papinians kommen in fr. 7. ad SC. Vellejanum vor. Nach meiner Meinung können sie aber von einer ignorantia facti proprii nicht verstanden werden. Es kömmt hier (vergl. fr. 6. eod.) folgender Fall vor: Es hatte Jemand aus Auftrag der Mutter eines Abwesenden Bürgschaft für dessen defensor geleistet. In dieser Eigenschaft belangt, setzte er exceptionem SC. Vellejani entgegen; diese wurde aber, weil klagender Theil von dem Auftrag der Mutter nichts gewußt, durch die replica doli elidirt; und er mußte zahlen. Nun tritt er gegen die Mutter mit der actio mandati auf; diese beruft sich auf das SC.; und vergebens sucht er Schutz in replica doli; denn er kann nicht behaupten, nicht gewußt zu haben, daß sein mandans eine Frau sey; — facti non potest ignorationem praetendere.

**) Fr. 22. de cond. indeb.: „sed et si me putem tibi aut Titio promisisse, cum aut neutrum factum sit, aut Titii persona in stipulatione comprehensa non sit, et Titio solvero, repetere a Titio potero. Vgl. fr. 32. §. 1. 3. eod. fr. 5. §. 6. pro suo.

der Sache. Wenn der Vergessende für sich anführen kann, daß es mit dem Faktum schon sehr lange her ist, daß die Umstände desselben sehr verwickelt gewesen, daß bei zunehmendem Alter sein Gedächtniß schwächer geworden sey u. s. w. *), so würde es nicht nur nicht benigne **), sondern nicht einmal humane geurtheilt seyn, wenn man ihn einer supina ignorantia beschuldigen wollte. — Die Gesetze scheinen es vielmehr mit der ignorantia facti proprii durchaus nicht genau zu nehmen. Denn wenn Jemand, der dem Titius etwas versprochen hat, sich einbildet, er sey Schuldner des Cajus geworden, und nun diesem zahlt, so liegt hierin wahrlich ein sehr arger Grad von Zerstreutheit vor; — und doch kann er das Verlorne nach fr. 22. de cond. indeb. unbedenklich wieder zurückfordern.

Vergleicht man die verschiedenen Gesetze, die von einem Irrthum über eigene Handlungen sprechen, so ergiebt sich das Resultat:

1) daß er an und für sich keineswegs als ignorantia supina zu betrachten, und darum außer Berücksichtigung zu lassen sey;

2) daß er zwar nicht zum Zweck der Erlangung eines Vortheils in Betracht komme ***), aber wohl der Wie-

---

*) Vgl. v. Quistorps rechtl. Bemerkungen I., 70.

**) Vgl. fr. 1. pr. ut in poss. legatorum: „— adhuc tamen benigne quis dixerit, satisdationem condici posse“.

***) Fr. 5. §. 5. pro suo: „sed id, quod quis cum suum esse existimaret, possederit, usucapiet, etiam si falsa fuerit existimatio: quod tamen ita interpretandum est, ut probabilis error usucapioni obstet: veluti si ob id aliquid possideam, quod servum meum aut ejus, cujus in locum hereditario loco successi, emisse id falso existimem: — quia in alieni facti ignorantia tolerabilis error est.

dererlangung des schon Verlornen nicht im Wege stehe *), und mit Erfolg angeführt werden könne, wenn man nur behalten will, was man noch hat **).

XII.

Ueber den Grundsatz: „Quae semel utiliter constituta sunt, durant, licet ille casus extiterit, a quo initium capere non potuerunt ***).

Schweppe stellt ganz allgemein den Grundsatz auf: ein Rechtsgeschäft wird dadurch nicht ungültig, daß Umstände eintreten, unter welchen die Eingehung nicht statt gefunden hätte.

Darüber, ob dieser Grundsatz als richtig anzuerkennen, und inwiefern er auf besondre Verhältnisse anzuwenden sey, scheinen die römischen Juristen nicht gleich gedacht zu haben. Paulus spricht ihn in dem angeführten fr. 85. §. 1. de R. I. ganz unbedingt aus; er

*) Fr. 32. §. 1. de cond. indeb: „fidejussor cum paciscitur, ne ab eo pecunia petatur, et per imprudentiam solverit, condicere stipulatori poterit". etc.

**) Wenn man den bereits erlittenen Verlust durch eine actio wieder rückgängig machen kann, so kann man gewiß den drohenden excipiendo (nämlich exceptione doli) abwenden.

***) Fr. 85. §. 1. de R. I. Schweppe a. a. O. §. 101.

selbst führt wieder eine ganz entgegengesetzte Regel an, indem er fr. 140. §. 2. de V. O. sagt:

„etsi placeat, extingui obligationem, si
„in eum casum inciderit, a quo incipere
„non potest";

und verwirft sie hier nicht ganz; denn er bemerkt nur: „non tamen hoc in omnibus verum est".

Marcian *) und Modestin **) hingegen stellen diese entgegengesetzte Regel, als Grund der Entscheidung concreter Fälle, ganz allgemein auf.

Dieser Widerstreit der Meinungen wird auch noch durch die Institutionen beurkundet: wo es §. 14. de legatis heißt:

„non enim placuit sententia *existimantium*,
„extinctum esse legatum, quia in eam causam
„pervenit, a qua incipere non potest";

---

*) Fr. 16. ad leg. Aquil., wo einer im vorigen Fragment enthaltenen Entscheidung Ulpians aus Marcians lib. IV. regul. der Grund beigefügt wird: „quia in eum casum res pervenit, a quo incipere non potest". — Fr. 3. §. 2. de his, quae pro non scriptis habentur (aus Marcians Institutionen lib. IX.): „item, si servo alieno quid legatum fuerit, et postea a testatore redemtus sit, legatum extinguitur. Nam quae in eum casum pervenerunt, a quo incipere non poterant, pro non scriptis habentur".

**) Fr. 11. de servitutibus (aus Modestins Differentiarum lib. VI.): „pro parte dominii servitutem adquiri non posse, vulgo traditur. Et ideo siquis fundum habens viam stipuletur, et partem fundi sui postea alienet, corrumpit stipulationem, *in eum casum deducendo, a quo stipulatio incipere non possit*".

und ferner durch die Aeußerung des **Marcellus** in fr. 98. pr. de V. O.:"

„— et maxime *secundum illorum opinionem*, „qui etiam ea, quae recte constiterunt, resolvi „*putant*, cum in eum casum reciderunt, a „quo non potuissent consistere".

Eine **vernünftige** Beendigung dieses Meinungskampfes konnte auch nach meiner Ansicht nicht erfolgen, so lange noch auf der einen Seite die **Allgemeingültigkeit** der einseitigen Regel vertheidigt wurde, so lange man sich nicht gegenseitig das „non tamen hoc in omnibus verum est" unbefangen zugestand. — Die Fälle, welche nach diesen entgegengesetzten Regeln beurtheilt werden können, sind offenbar so verschiedenartig, daß, so wie bei der einen Klasse von Fällen die Anwendung der einen Regel schon durch die Natur der Sache geboten scheint, eben so bei einer andern Reihe von Fällen nur in der entgegengesetzten Regel eine vernünftige Entscheidungsnorm zu finden ist. — Auf keinen Fall darf blos die eine Regel als durchgreifend geltender Rechtssatz aufgestellt werden, vielmehr muß man den charakteristischen Unterschied der Fälle, die in unsern Gesetzen nach den entgegengesetzten Regeln entgegengesetzt entschieden sind, hervorzuheben, und auf diese Weise durch die Wissenschaft den anscheinenden Widerstreit der verschiedenen Gesetzesvorschriften zu versöhnen suchen. Gelingt es nun auch über die Folgen des Eintritts solcher Umstände, welche die Eingehung eines vorliegenden Rechtsgeschäftes gehindert hätten, allgemeine leitende Grundsätze aufzustellen, so wird doch immer der Casuistik des speziellen Theils die nähere Bestimmung und manche Berichtigung derselben vorbehalten bleiben.

An die Stelle der allgemeinen Behauptung **Schweppes** möchten aber folgende Regeln zu setzen seyn:

BIBLIOTHECA CIVITATIS BABENBERGENSIS.

1) Wenn, bevor ein Geschäft vollzogen ist, solche Umstände eintreten, welche nur den Akt der Errichtung gehindert hätten — so wird es dadurch nicht ungültig (nullum). So wird eine Willenshandlung durch den später eintretenden Wahnsinn des Handelnden nicht ungültig gemacht *).

2) Wenn aber der jetzt erst eingetretene Umstand auch die Vollziehung hindert, auch die Erfüllung unmöglich macht; dann hört die Gültigkeit des Geschäftes auf, indem es unwirksam — inutile wird **). So konnte Paulus, ohne inconsequent zu seyn, in fr. 83. §. 5. de V. O. sagen:

„nam et cum quis rem profanam, aut Stichum dari
„promisit, liberatur, si sine facto ejus res sacra esse
„coeperit, aut Stichus ad libertatem pervenerit“.

3) Ist das Rechtsgeschäft bereits vollzogen, so kann dasselbe, wenn auch Umstände eintreten, die dessen Ein-

---

*) §. 1. in fine I. qnibus non est permissum facere testam.: „nam neque testamenta recte facta, neque ullum aliud negotium recte gestum, postea furor interveniens perimit“ — fr. ult. de injusto, rupto —; fr. 1. §. 9. de bon. poss. sec. tab. —; fr. 16. §. ult. de ritu nupt.; fr. 70. §. 4. de fidej.; fr. 44. §. 6. de usurp. et usucap. — Averani (Lib. IV., cap. 25, nro. 3.) führt diese Gesetze an, und setzt hinzu: „ratio autem ea est, quia consensus, et judicii maturitas, quae ad perficiendum actum requiritur, non post actum jam perfectum, quo tempore est omnino inutilis“.

**) §. 2. I. de inut. stipul. — Fr. 11. de servitut. — Fr. 3. §. 2. de his quae pro non scriptis. — Vergl. Averani a. a. O. cap. 24. — Fr. 185. de reg. Jur.: „impossibilium nulla obligatio est“.

gehung und Vollziehung gehindert hätten, doch als ungültig (irritum) nicht mehr angefochten werden *).

XIII.

Von dem Einfluß des Zornes auf die Gültigkeit einer Willenshandlung **).

Schweppe führt unter denjenigen, die von allen Rechtsgeschäften ausgeschlossen sind, neben den Kindern, Verstandeslosen und Schlafenden auch „die Personen in hohem Affect, besonders im Zorn" auf. — Hierbei muß aber wohl bemerket werden, daß der Zorn Grade hat, und daß nicht jede Aufwallung des Gemüthes die Unfähigkeit zu Willenshandlungen begründen kann. Vielmehr wird nur dann ein Rechtsgeschäft z. B. ein Testament wegen Errichtung in hohem Affekte für nichtig zu halten seyn, wenn ein solcher Grad von Leidenschaft vorhanden ist, der nicht nur den Erzürnten einzig an den Gegenstand seines Unwillens fesselt, sein Gefühl empört, seinen Verstand verdunkelt, seinen Willen gefangen nimmt, sondern auch seinen Entschluß völlig bestimmt und dessen Ausführung bewirkt und leitet:

---

*) Fr. 31. pr. de donat.: „donationes in concubinam collatas, non posse revocari convenit, nec si matrimonium inter eosdem postea fuerit contractum, ad irritum recidere, quod ante jure valuit".

**) Schweppe a. a. O. §. 108. — Die hier gegebene Erläuterung ist aus v. Bergs jurist. Beob. und Rechtsf. B. I. nro. 9. gezogen.

Hieraus folgt, daß eine schnell vorübergehende Hitze nicht hinreicht, daß es nicht genug ist, wenn der Entschluß im Zorn gefaßt wird, die Ausführung aber nachher mit kalten Blute geschieht. Was in wahrhaftem Zorne gesagt wird, begründet kein Recht und keine Verbindlichkeit. Ist aber die Ruhe des Gemüthes wieder eingetreten — sey es auch noch so bald nachher — und wird dann vollführt, was im Zorn beschlossen und gesagt worden ist, so kann auf diesen keine Rücksicht mehr genommen werden.

Eben so darf die vorübergehende Ueberspannung des Geistes beim Zorne nicht verwechselt werden mit den bleibenden fortdauernden Gemüthsstimmungen des ruhigen Hasses, der kalten Feindschaft, der Unzufriedenheit, des Unwillens, der Unruhe, Ungeduld, des aufbrausenden Wesens u. s. w. Diese an und für sich stehen der Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts nicht entgegen: wohl aber kann sich aus ihnen sehr leicht der Affekt, der Sturm der Leidenschaft bilden und entfalten. Darum mag das erwiesene Daseyn jener fortdauernden Gemüthsstimmungen allerdings ersprießlich seyn für den Beweis einer solchen vorübergehenden Ueberspannung.

Wenn aber auch alle Merkmale eines bei der fraglichen Handlung vorhanden gewesenen hohen Affektes dargethan sind, so kann man doch die Ungültigkeit derselben nicht behaupten, wenn der Handelnde später auf irgend eine concludente Weise Beharrlichkeit bei dem, was er im Zorne beschlossen und vollführet, an den Tag gelegt hat. Denn hierdurch bewährt sich, daß er trotz alles äußern Anscheins reflektirte, und nicht ohne Besonnenheit selbst im Taumel der Leidenschaft zu Werke gieng *).

*) Fr. 48. de R. J.: „quidquid in calore iracundiae vel fit, vel dicitur, non prius ratum est, quam si perseverantia apparuit, judicium animi fuisse“.

Man hüte sich aber wohl, aus dem bloßen Zeitverflusse nach der Handlung, aus dem bloßen spätern Stillschweigen des Handelnden seine Beharrlichkeit und daher die Gültigkeit der Handlung unbedingt folgern zu wollen; denn

1) kann der Sturm der Leidenschaft so stark gewesen seyn, daß er später gar nichts mehr davon weiß, was er in demselben unternommen und vollführet hat;

2) es ist möglich, daß der Handelnde das Gethane zwar recht sehr bereut, aber nur keinen offenbaren Rückschritt thun und nur eine gute Gelegenheit erwarten will, um die ihm itzt unangenehmen Folgen nnd Erzeugnisse seines Affektes zu beseitigen.

Hieraus ergiebt sich, wie vor- und umsichtig man seyn müsse, um sowohl eines Theils das Daseyn des wirklichen hohen Affektes, als auf der andern Seite auch die erwähnte Beharrlichkeit ánnehmen zu dürfen.

XIV.

Zur Lehre von den Bedingungen *).

1.

Schweppe theilt die Bedingungen in Rücksicht des Umstandes, welcher zur Bedingung gemacht wird, in die entschiednen und unentschiednen ein.

---

*) Schweppe a. a. O. §. 116 — 118. — Thibaut civilistische Abhandlungen. Nro. XVII.

Ist der Umstand, welcher die Existenz eines Geschäftes bedingen soll, bereits entschieden, so kann nur uneigentlicher Weise von einer Bedingung die Rede seyn; denn da ist ja die Existenz oder Nichtexistenz des Geschäftes auch bereits entschieden, es ist nichts objektiv Ungewisses mehr vorhanden, es hängt nichts mehr ab. Demgemäß muß der Umstand, der eine eigentliche Bedingung abgeben soll, immer zukünftig und sein Eintritt überhaupt noch ungewiß seyn. Dies ist auch in unseren Gesetzen anerkannt *).

2.

Ist dem Geschäfte eine s. g. Suspensivbedingung beigefügt, so ist dasselbe noch gar nicht vollkommen; die Perfektion wird durch die Bedingung aufgeschoben; dahingegen das unter Beifügung einer Resolutivbedingung abgeschlossene Geschäft seinem Anfange nach vollkommen (purum et perfectum) ist, und erst hinterher durch den Eintritt der Bedingung wieder aufgelöst wird **).

---

*) Fr. 37. de R. C.: „cum ad praesens tempus conditio confertur, stipulatio non suspenditur. — Fr 39 eod.: „itaque tunc potestatem conditionis obtinet, cum in futurum confertur". — Vgl. fr. 10. §. 1. de condit. instit.

**) Fr. 2. pr. de in diem addict.: „quoties fundus in diem addicitur, utrum pura emtio est, sed sub conditione resolvitur; an vero conditionalis magis sit emtio, quaestionis est; et mihi videtur verius, interesse quod actum est: nam si quidem hoc actum est, ut meliore allata conditione discedatur, erit pura emtio, quae sub conditione resolvitur: sin autem hoc actum est, ut perficiatur emtio, nisi melior conditio afferatur, erit emtio conditionalis.

So charakteristisch und bedeutungsvoll dieser Unterschied auch ist, so bemerkt doch Thibaut *) ganz richtig:

„Wer nur einigermaßen zu Abstraktionen aufgelegt „ist, dem muß es gleich im Eingange der Lehre auffal„len, wie man bisher immer nur in Beziehung auf die „aufschiebenden Bedingungen von einem Aufschieben „reden konnte. Betrachtet man nämlich den Gattungs„begriff: Bedingung — im Allgemeinen, so ist das „Hauptmerkmal nicht zu verkennen, daß jede Bedin„gung etwas hinausschiebt. Denn sie ist ja, ihrem „Begriff zufolge, ein Thatumstand, von dessen Daseyn „oder Nichtdaseyn das Seyn oder Nichtseyn eines Rechts„verhältnisses abhängt; mithin muß ihr Schweben immer „verschieben, ihr Wegfallen immer den Eintritt des „Rechtsverhältnisses abwenden, und ihr Wirklichwerden „immer das Daseyn desselben begründen. Dieser Cha„rakter des Aufschiebens findet sich denn auch bei der „sogenannten auflösenden Bedingung, nur in einer „umgekehrten Richtung, wie bei der aufschiebenden. „Wie diese nämlich das erste Hingeben verschiebt, so „verschiebt jene das Zurückgeben. Die aufschiebende „Bedingung bringt also das Hauptgeschäft in's „Schweben, die auflösende hingegen nicht das Haupt„geschäft, sondern die demselben angehängte Nebenbe„redung des Rückfalls **). Was mithin die auf„schiebende auf das Hauptgeschäft wirkt, das muß

*) A. a. O. S. 360—1.

**) Fr. 3 de contrah. emt.: „si res ita distracta sit, ut, si displicuisset, inemta esset, constat, non esse sub conditione distractam, sed resolvi emtionem sub conditione“ — fr. 2. pr. §. 1., fr. 4. §. 3. de in diem add. — fr. 1. de lege commissoria. — fr. 2., §. 4, 5. pro emtore.

„die auflösende auf den Nebenvertrag wirken, und „so im Ganzen eine volle Gleichheit der Grundsätze „für beide eintreten“.

3.

Schweppe lehrt: „Ist die Eigenschaft der Bedin„gung zweifelhaft, so spricht die gleich erfolgte Erfüllung „gegen die Suspensivbedingung“.

Es scheint allerdings der Natur der Sache zuwider zu seyn, und ist auch ungewöhnlich, während des Schwebens einer die Wirklichkeit des Hauptgeschäftes aufschiebenden Bedingung dasselbe sogleich zu vollziehen. Es würde hier eine Vollziehung vor der Existenz des Geschäftes geschehen seyn, was nicht vermuthet werden kann.

Doch kann die angeführte Regel nicht als allgemein und absolut entscheidend gelten. Man muß vielmehr in jedem einzelnen Falle die Umstände und besondern Verhältnisse, die individuelle Natur des Geschäftes und der beigefügten Bedingung *), und die Absicht der Partheien erforschen und in Erwägung ziehen.

4.

Schweppe erklärt es für völlig unerweislich, daß, wenn die Suspensivbedingung in Erfüllung geht, dem Berechtigten auch die Revenüen der Zwischenzeit gebühren.

Der Beweis dafür läßt sich freilich nicht aus Gesetzstellen führen, die den Fall in terminis entscheiden. Aber **)

---

*) Thibaut a. a. O. S. 378—80.

**) Thibaut a. a O. S. 362—6.

einmal verordnen deutliche Gesetze *), daß alle aufschiebenden Bedingungen, welche nicht mere potestativae sind, nach ihrem Eintritt auf den Ursprung des Geschäftes zurückgezogen werden sollen, daß also bei solchen Bedingungen das Geschäft behandelt wird, als ob es schon zur Zeit der Abschließung perfectum gewesen wäre. — Erwägt man nun hierzu dasjenige, was oben über die innere Einheit der Suspensiv — und Resolutivbedingung gesagt wurde — daß, „wie bei der auflösenden „Bedingung der Erwerber einstweilen Eigenthümer „wird, so bei der aufschiebenden der Veräußerer einstweilen Eigenthümer bleibt, — und wie bei dieser „nach Eintritt der Bedingung das Eigenthum des Veräußerers dem Acceptanten zufallen muß, so bei jener „dem Veräußernden“ **); — so ergiebt sich die Folgerung, daß die in der streitigen Beziehung von der Resolutivbedingung entschieden geltenden Grundsätze analog auf die Suspensivbedingung angewandt werden können, und wenn man consequent seyn will, angewandt werden müssen. — Für die Resolutivbedingung ist es aber ausgemachte Regel, daß nach Eintritt derselben alle von der Zeit des Geschäfts an gezogenen Früchte mit herausgegeben werden müssen ***).

---

*) Fr. 11. §. 1. qui pot. in pignore: — „cum semel conditio existit, perinde habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine conditione facta esset; — quod et melius“. — Fr. 16. de solut.: „sub conditione debitori si acceptnm feratur, postea conditione existente intelligitur jam olim liberatus“.

**) Thibaut a. a. O. S. 363.

***) Fr. 6. pr. fr. 16. de in diem addictione: „Imperator Severus rescripsit, sicut fructus in diem addictae domus,

Nur da kann diese Regel für die Suspensivbedingung (und auch wohl für die auflösende *) nicht gelten, wenn eine rein potestative beigefügt ist. — Auch muß man wohl immer bei Beurtheilung concreter Fälle den Satz im Auge behalten, daß der individuelle Wille der Partheien den Erfolg und die Wirkungen der Bedingungen vor Allem beherrsche und bestimme. Hiernach mag sich nicht selten das Resultat ergeben, daß die Früchte der Zwischenzeit dem Veräußerer verbleiben.

5.

Eine andere höchst wichtige und in der Beantwortung schwierige Frage ist es, ob der Veräußerer einer Sache nach dem Eintritt der auflösenden Bedingung die Sache nicht blos von dem Empfänger zurückfordern könne (was außer allem Zweifel ist), sondern auch von jedem dritten Besitzer? **)

Die verneinende Antwort ist im Falle der Potestativbedingung unbestreitbar ***). Im Uebrigen giebt es die verschiedensten Ansichten. Wir haben über diese Frage

---

cum melior conditio fuerit allata, venditori restitui necesse est, etc. — Fr. 4. pr. §. 1. de lege commiss. — Fr. 11. §. 10 quod vi aut clam.

*) Thibaut a. a. O. S. 365.

**) Thibaut a. a. O. S. 366—78.

***) Arg. fr. 3. quib. mod. pign. vel hyp solv.: „si res distracta fuerit sic: nisi intra certum diem meliorem conditionem invenisset, fueritque tradita, et forte emtor, antequam melior conditio offerretur, hanc rem pignori dedisset, Marcellus libro 5 Digestorum ait, finiri pignus, si melior conditio fuerit allata; quamquam ubi sic res distracta est, nisi emtori displicuisset, pignus finiri non putet“.

in unsern Gesetzen nur gelegentliche Aeußerungen, welche, buchstäblich genommen, einander geradezu widersprechen; daher denn der verschiedenen Meinungen und gekünstelten Vereinigungsversuche *) genug zu Tage gekommen sind.

Der Natur der Sache nach scheint die Meinung, welche sogleich nach Eintritt der Bedingung dem Rückerwerber eine Vindication gegen jeden Dritten gestattet, ganz überwiegende Gründe für sich zu haben. Der Grund der Auflösung liegt bereits im Beginne des Geschäftes; — und durch den Eintritt der Bedingung wird der Zustand bei Eingehung desselben wieder hergestellt. Hier war der Rückerwerber Eigenthümer; — also wird er es auch wieder durch den Eintritt der Resolutivbedingung, und kann sofort von jedem Dritten vindiciren. — Diese Ansicht liegt auch offenbar bei manchen Gesetzstellen **) zu Grunde.

Mit ihr im Widerspruch zu stehen scheint vorerst fr. 16. de in diem add.:

„Imperator Severus rescripsit, sicut fructus in diem „addictae domus, cum melior conditio fuerit allata, „venditori restitui necesse est, ita rursus quae „prior emtor medio tempore necessario probaverit „erogata, de reditu retineri: vel si non sufficiat,

*) Die Unterscheidung, ob die Resolutivbedingung in verbis directis oder obliquis abgefaßt worden, hätte nur insofern einen Sinn, als man annehmen könnte, daß der in dieser Art verschiedene Ausdruck auch eine verschiedene Richtung des Willens der Partheien bezeichne. Und dies kann man in der kleinlichverschiednen zufälligen Wortfügung gewiß nicht finden.

**) Fr. 41. pr. de R. V. — Fr. 8. in fine de leg. comm. — C. 4. de pact. inter emtor. et vend.

„solvi aequum est: et credo sensisse Princi-
„pem de *emti venditi* actione".

Hier ist gesagt, dem Rückerwerber stehe die Contrakts-klage, also eine blos persönliche zu. Aber hier ist nicht von Zurückforderung der Sache, sondern nur der mittlerweile gezogenen Revenüen und von der Compensation der letzteren mit aufgewandten Kosten die Rede.

Ein stärkeres Gegengewicht scheint zu halten, was Kaiser Alexander in C. 3. de pactis inter emtorem et venditorem rescribirt, nämlich:

„Qui ea lege praedium vendidit, ut, nisi reliquum
„pretium intra certum tempus restitutum esset, ad
„se reverteretur, si non precariam possessionem
„tradidit, rei vindicationem non habet,
„sed actionem ex vendito".

Der Widerstreit scheint kaum lösbar zu seyn, wenn man nun die nächstfolgende C. 4. eod. vergleicht, wo derselbe Imperator sagt:

„Commissoriae venditionis legem exercere non
„potest, qui, post praestitutum pretii solvendi
„diem, non vindicationem rei eligere, sed
„usurarum pretii petitionem sequi maluit".

Aber Thibaut hat durch folgende Auslegung der C. 3. allen Widerstreit derselben mit der C. 4. glücklich gehoben. Er sagt: „Nach den Grundsätzen der Ausle-
„gung unbestimmter Rescripte (als welches die C. 3.
„erscheint) kömmt hier alles darauf an, ob sich Fälle
„denken lassen, wo die Entscheidung der C. 3. paßt, ohne
„der C. 4. Eintrag zu thun? Die Bejahung dieser Frage
„ist nun gar keinem Zweifel unterworfen. Man nehme
„nur diesen Fall: A verkauft im Jahre 1780 ein Haus
„an B auf Credit bis zum Jahre 1785, unter Vorbehalt

„der Verwirkung, wenn B im Jahre 1785 nicht den „Preis bezahle. In der Zwischenzeit fängt B an, das „Haus zu verwüsten. Hier hat nun A keine vindicatio, „weil die auflösende Bedingung noch nicht eingetreten ist, „sondern nur die Contractsklage ad implendum, oder „wenn man will, auf Auflösung des Geschäfts der Un- „treue wegen, welche Personal-Klage ihm freilich nicht „abgesprochen werden kann, da der, dem etwas unter „einer Bedingung herauszugeben ist, ein Recht hat, „während des Schwebens der Bedingung zu verlangen, „daß der Promittent den Zustand der Hoffnung nicht „störe *). Nur bei einer precaria possessio" (d. h. wenn dem Käufer für die Zwischenzeit ausdrücklich nur precaria possessio eingeräumt ist) „könnte hier dem A eine „Vindication zugestanden werden".

Dem Allem gemäß ergiebt sich das Resultat, daß nach dem Eintritt der Resolutivbedingung der Rückerwerber auch vindiciren könne.

XV.

Zur Lehre von der Culpa **).

1.

Eine widerrechtliche Schadenszufügung kann die gesetzlichen Folgen des Unrechts (injuria) immer nur insofern nach sich ziehen, als sie ihrem Urheber zugerech-

*) Fr. 85. §. 7. de V. O. — C 5. de O. et A.

**) Schweppe a. a. O. §. 132—141.

net werden kann, als dem objektiv=widerrechtlich Handelnden auch eine subjektive Widerrechtlichkeit — culpa — im weitesten Sinne *) — zur Last fällt.

„Zurechnung" sagt Hasse **), „(imputatio) findet „Statt, wenn Jemand als moralische Ursache einer rechts=„widrigen Handlung angesehen wird, so daß er die recht=„lichen Folgen derselben tragen muß. Schuld (culpa) „und Zurechnung gehen Hand in Hand; jene bezeichnet „nämlich (in der hier gemeinten Bedeutung) dasjenige in „dem Handelnden, was ihn zur moralischen Ursache der „Handlung machte und daher bewirkte, daß sie ihm zuge=„rechnet werden kann; daher diese Ausdrücke im Ganzen „denselben Sinn hervorbringen, und es so oft für in „culpa est heißt: ei imputatur" ***).

Hieraus ergiebt sich von selbst, daß culpa — in dieser Bedeutung — auch den dolus in sich faßt. Schon Prousteau †) sagt demgemäß: „culpa generale „nomen est, et quandoque porrigitur ad ea, quae „fiunt ex dolosa mente et abscondita machinatione".

---

*) Insofern man darunter überhaupt jede Uebertretung eines Gesetzes verstehen kann, hat es freilich noch einen weitern Sinn.

**) Die Culpa des römischen Rechts. S. 83—4.

***) Fr. 5. §. 2. ad leg. Aquil.: „et ideo quaerimus, si furiosus damnum dederit, an Legis Aquiliae actio sit? Et Pegasus negavit: quae enim in eo *culpa* sit, cum suae mentis non sit? Et hoc verissimum; cessabit igitur Aquiliae actio: quemadmodum, si quadrupes damnum dederit — — — Sed et si infans damnum dederit, idem erit dicendum. Quodsi impubes id fecerit, Labeo ait, quia furti teneatur, teneri et Aquiliae eum: et hoc puto verum, si jam injuriae capax". — Vgl. fr. 29. §. 4, fr. 45. §. 4, fr. 52. §. 1. eod. — Fr. ult. de SC. Silaniano.

†) Recitat. ad l. 23. D. de reg. Jur. cap. III. pr.

2.

An und für sich ist Niemand verbunden, durch positive Thätigkeit Schaden von Andern abzuwenden, oder ihren Nutzen zu befördern. Wer eine Gelegenheit, zum Besten des Andern thätig zu seyn, ungenützt vorbeigehen ließ, handelte nicht widerrechtlich, wenn gleich Jenem aus diesem Unterlassen großer Schaden erwachsen ist. Hier kann auch von culpa nicht die Rede seyn; denn wenn auch der Unterlassende bei seinem Nichtthun einen recht feindseligen animus nocendi gehegt haben mag, so ist doch ohne objektives Unrecht eine Zurechnung überall nicht denkbar.

Wohl aber ist Jeder schon im Allgemeinen, ohne Dazwischenkunft besondrer Verbindlichkeitsgründe, für den Schaden verantwortlich, den er Anderen durch sein Thun, durch positives Handeln zufügt. Die Natur und die rechtlichen Folgen solcher an sich widerrechtlichen Handlungen (damnum injuria datum) waren bei den Römern durch die Lex Aquilia bestimmt, und darum nennt Hasse die hier statt findende Zurechnung, das hier vorkommende Verschulden — culpa legis Aquiliae — Aquilische Culpa.

Außer den Fällen des damnum injuria datum kann eine Schadenszufügung deßwegen widerrechtlich seyn, weil sie eine Verletzung der besondern Obliegenheiten enthält, welche der Beschädiger aus einer Obligation, also aus einem besondern Rechtsgrunde, gegen den Beschädigten zu erfüllen hat; — indem er entweder diese besondere Verbindlichkeit nicht gehörig erfüllt, oder die Erfüllung ganz unmöglich macht. — Aus einer Obligation kann ich aber nicht nur verbunden seyn, etwas zu unterlassen, aufzugeben; sondern eben so gut dazu, eine positive Handlung vorzunehmen, etwas zu thun, zu geben.

Die Widerrechtlichkeit kann demzufolge hier eben sowohl durch ein Nichtthun, als durch positive Thätigkeit begangen werden; — und man kann sogar behaupten, daß sie immer negativer Art ist; denn aus dem Gesichtspunkte der Obligation ist auch das Beschädigen durch positive Handlungen nur darum widerrechtlich, weil in ihm ein Nichterfüllen der obligationsmäßigen Verbindlichkeit liegt *).

Die subjektive Widerrechtlichkeit, das Verschulden im Nichterfüllen einer Obligation nennt Hasse — außeraquilische Culpa.

Die Aquilische Culpa bringt ein Obligationsverhältniß erst hervor; die außeraquilische setzt, um eintreten zu können, ein solches voraus **).

3.

Wissentliches Verschulden, dolus, ist vorhanden, wenn Jemand mit dem Bewußtseyn, daß das Resultat seiner (positiven oder negativen) Handlung eine widerrechtliche Schadenszufügung seyn müsse, dieselbe doch ausführt. Das rechtswidrige Wollen des schädlichen Erfolgs ist das charakteristische Merkmal des dolus. Durch welche Motive der rechtswidrige Vorsatz, zu schaden, erzeugt worden, ist ganz gleichgültig. Nicht allein Gewinnsucht kann im Hintergrunde liegen, sondern auch Feindschaft, Neid, Schadenfreude und die bloße Lust zu schaden. Nur wenn der Handelnde sich durch Motive, die an und für sich unverwerflich sind, z. B. Mitleiden, Freundschaft für einen Dritten, leiten ließ,

---

*) Hasse a. a. O. §. 35.

**) Göttinger G. Anzeigen 1816. I. S. 582.

sprechen die römischen Juristen nicht geradezu von dolus, sondern sagen nur, das factum sey dolo proximum *), oder erklären das Verschulden auch wohl nur für culpa lata **).

Nur culpa lata ist vorhanden, wenn der Handelnde wußte, daß sein Thun oder Nichtthun eine widerrechtliche Schadenszufügung zur Folge haben könne, und, ohne jedoch dies Resultat zu wollen, der offenbaren Gefahr ungeachtet doch nicht anders handelte. — Aber auch schon da ist der Fall der culpa lata gegeben, wenn der Handelnde die drohende Gefahr oder die Mittel, sie abzuwenden nicht wirklich kannte, aber dies doch nicht als Entschuldigungsgrund anführen kann, ohne sich als einen über alle Maßen leichtsinnigen, unachtsamen, frivolen Menschen darzustellen ***). In dieser Hinsicht sagt Ulpian in fr. 213. §. 2. de V. S.

„Lata culpa est nimia negligentia, id est, non intelligere, quod omnes intelligunt";

und Paulus in fr. 223. eod.

„Latae culpae finis est, non intelligere id, quod omnes intelligunt".

---

*) Fr. 7. pr. depos.: „si hominem apud se depositum, ut quaestio de eo haberetur, ac propterea, vinctum vel ad mansionem extensum, sequester solverit misericordia ductus, *dolo proximum* esse, quod factum est, arbitror: quia cum sciret, cui rei pararetur, intempestive misericordiam exercuit, cum posset non suscipere talem causam, quam decipere".

**) Fr. 8. §. 10. mandati: „proinde si tibi mandavi, ut hominem emeres, tuque emisti, teneberis mihi, ut restituas. Sed et si dolo emere neglexisti, forte enim pecunia accepta alii cessisti, ut emeret, — aut si *lata culpa*, forte si gratia ductus, passus es alium emere, teneberis.

***) Vergl. Hasse a. a. O. §§. 17—23.

Prousteau beschreibt die culpa lata treffend als „illius ommissio diligentiae, quam communis sensus, „communis hominum intelligentia desiderat, et quam „omnes homines rebus suis curandis aut custodien„dis adhibere solent, si modo stulti non sint, et vel „minimum habeant illius luminis, quod a Natura no„bis est inditum et ingeneratum, non comparatum „industria“.

Der Vorwurf der culpa lata trifft ferner denjenigen, der zwar nicht muthwillig der Gefahr, eine Rechtsverletzung zu begehen, trotzt, oder in schimpflicher Trägheit die Mittel, der Gefahr zu begegnen, verabsäumt, oder in gänzlicher Sorglosigkeit unbeachtet läßt, was Alle beachten; — der aber fremde Angelegenheit nachlässiger besorgend, als er bei seinen eignen zu thun pflegt, hierdurch widerrechtlichen Schaden zufügt. Mag gleich das Versehen, aus welchem die Rechtsverletzung erfolgte, nur ein geringes gewesen seyn; — durch die verwerfliche Gesinnung, welche sich in der geringeren Sorgfalt für fremde Angelegenheiten ausspricht, wird es dem gröbsten gleich. Die Gesetze sagen hier von dem Schuldigen: „fraude non caret: nec enim salva fide minorem alienis, quam suis rebus, diligentiam praestabit“ *).

Ueberhaupt offenbart sich in allen Fällen der culpa lata eine gegen Recht und Gesetz, wenn auch nicht geradezu feindselige, doch gleichgültige Gesinnung. Darum ist es ganz natürlich, wenn die Römer sagen: „dissoluta negligentia prope dolum est“ **) — „lata culpa plane dolo comparabitur“ ***) — oder gar: „magna culpa

*) Fr. 32. depos. fr. 22. §. 3. ad SC. Trebell.

**) Fr. 29. pr. mandati.

***) Fr. 1. §. 1. si mensor falsum modum dixerit.

dolus est" *) — und das grobe unwissentliche Verschulden mit dem wissentlichen in privatrechtlicher Hinsicht gleich stellen.

4.

Das geringe Verschulden ist vorhanden, wenn Jemand weniger vorsichtig und überlegt handelt, als der sorgsame Hausvater.

Unter dem diligens paterfamilias, qui sobrie, et non sine exacta diligentia rem suam administrat, — dessen Fleiß als das rechte Muster und der rechte Maßstab für den Fleiß, welchen man bei fremden Sachen und Angelegenheiten anzuwenden hat, aufgestellt ist: — muß man sich nun einen durchaus tüchtigen Mann denken, welcher über seine Angelegenheiten mit voller Aufmerksamkeit und ernstem Fleiße zu wachen pflegt — „cujus personam incredibile est in aliquo facile errasse" **). Ein solcher läßt sich in kein Geschäft ein, das er nicht versteht, er wagt kein Unternehmen, dem er sich nicht gewachsen fühlt: und wenn er eine Arbeit beginnt, welche die angestrengteste Thätigkeit, die pünktlichste Genauigkeit fordert, so läßt er es auch daran nicht fehlen ***).

So wie man sich aber unter der diligentia diligentis patrisfamiliae nichts Mittelmäßiges, Gemeines, Halbes vorstellen darf, so kann man von dem-

---

*) Fr. 226. de V. S.

**) Fr. 25. de probat.

***) Hasse a. a. O. §. 24. — Vgl. desselben Recension des Essai sur la prestation de fautes von Le Brun; in Savignys, Eichhorns und Göschens Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft. B. IV. H. II.

jenigen, der für geringes Verschulden einzustehen hat, doch immer nur die Thätigkeit und Umsicht eines gewöhnlichen sorgsamen Hausvaters fordern. War eine Schadenszufügung nur durch eine solche Geistesthätigkeit, wie sie allein seltenen Talenten eigen ist, oder durch eine Ueberspannung menschlicher Kraft abzuwenden; oder war eine Gefahr nicht vorherzusehen ohne so außerordentliche Aengstlichkeit, wie sie sich nur bei kleinlichen, furchtsamen, mißtrauischen Menschen findet; so kann denjenigen, der nur keine geniale Thätigkeit, kein Uebermaaß menschlicher Kraft, kein carricaturmäßiges Spürhundstalent entwickelt, übrigens aber soviel geleistet hat, als man von einem verständigen, thätigen, besonnenen Menschen in der Regel erwarten kann, durchaus kein Vorwurf treffen; der zugegangene Schaden ist vielmehr als casus zu betrachten *).

5.

Die Frage, ob es noch einen dritten Grad des unwissentlichen Verschuldens — eine geringste culpa — culpa levissima — gebe, will offenbar nichts anders sagen, als: giebt es Fälle, wo es nach unsern Gesetzen nicht genug ist, so fleißig, umsichtig, thätig zu seyn, als man von einem sorgsamen Hausvater zu erwarten pflegt — wo sie vielmehr den Mangel auch solcher Geistesthätigkeit, wie man sie in der Regel nur seltenen Talenten zutrauen kann, — solcher Aufmerksamkeit und Pünktlichkeit, wie sie nur bei kleinlichen, mißtrauischen furchtsamen Menschen gefunden wird, und das Unterlassen überspannter Kraftanstrengung als Verschulden zurechnen?

---

*) Hasse die Culpa des R. R. §. 15. Vgl. fr. 31. ad leg. Aquil. fr. 52. §. 4. eod.

Schon die Glossatoren nahmen drei Grade des unwissentlichen Verschuldens an, und ihnen folgend haben bis auf die neueste Zeit die meisten Rechtsgelehrten das unwissentliche Verschulden in culpa lata, levis und levissima eingetheilt. Der Zurechnung der culpa levissima soll unterliegen:

„qui non adhibuerit extremam diligentiam, nec „ea cautione vel solertia sit usus, qua solet uti „vulgo prudentissimus et sagacissimus paterfa„milias" *).

Diese Trichotomie der Culpa war auch siegreich in die Praxis eingeführt worden, und konnte als herrschende Ansicht gelten, bis in den neuesten Zeiten Thibaut die Theorie des Donellus wieder zu Ehren brachte. Seitdem haben sich besonders v. Löhr und Hasse in dieser Materie um die Erforschung der Wahrheit aus den Quellen rühmlichst verdient gemacht.

Die Anhänger der gewöhnlichen Theorie beziehen die Worte diligentia, custodia, und negligentia, sowohl wenn sie allein stehen, als auch wenn jene mit den Zusätzen: exactissima, omnis, quam diligentissimus pater familias rebus suis adhibere solet u. d. gl. vorkommen, auf die culpa levissima, indem sie sagen:

1) wegen der mehrern Ausdrücke müsse auch die Eintheilung mehrere Glieder haben;

2) drei Grade seyen ausdrücklich aufgeführt in
fr. 5. §. 2. commodati,
fr. 47. §. 5. de legatis I. **),

---

*) Prousteau rec. ad L. 23. de R. J. cap. 7. — Die eignen Ansichten des Gothofredus, Coccejus, Schömanns — darzustellen, kann hier der Ort nicht seyn.

**) Ulpianus: „culpa autem, qualiter sit aestimanda, vi-

fr. 23. de regulis juris,
fr. 1. §. 1. si mensor falsum modum dixerit *).
C. 19. de pignoribus et hypothecis **).

Zwar kann man sich auf keine Stelle berufen, in welcher geradezu gesagt würde, es gebe nur 2 Grade des unwissentlichen Verschuldens; allein:

1) die meisten Stellen reden nur von dolus (womit das grobe unwissentliche Verschulden einbegriffen ist) und culpa, und deuten schon hierdurch an, daß rechtlich nur 2 Grade unterschieden werden.

2) Die culpa levissima würde zu ihrer Abwendung einen höhern Grad von Fleiß, Umsicht, Thätigkeit erfordern, als der ist, den die Römer im Sinne haben, wenn sie den höchsten zur Pflicht machen. So fordern sie zur Vermeidung der Aquilischen Culpa das Aeußerste der Sorgfalt, und lassen hier alle juristisch denkbare Imputation zu — „in lege Aquilia et *levissima* culpa venit" ***) — und doch wird immer nur das zugerechnet, was die Trichotomisten unter der culpa levis — ihrem zweiten mittleren Grade verstehen; —

---

deamus; an non solum ea, quae dolo proxima sit, verum etiam, quae levis est: an numquid et diligentia quoque exigenda est ab herede? Quod verius est.

*) Ulpianus: „Haec actio dolum malum duntaxat exigit... lata culpa plane dolo comparabitur. Sed et si mercedem accepit, non omnem culpam eum praestare, propter verba edicti: utique enim scit Praetor, et mercede eos intervenire".

**) Diocletianus et Maximinianus: „sicut vim majorem pignorum creditor praestare non habet necesse: ita dolum et culpam, sed et custodiam exhibere cogitur".

***) Fr. 44. pr. ad leg. Aquil.

nämlich die Negation desjenigen Fleißes, den gemeinhin ein fleißiger Hausvater anzuwenden pflegt — nirgends aber Auszeichnung vor diesem *). Dies wäre consequenterweise undenkbar, wenn sie nicht überhaupt angenommen hätten, nur das, was gewöhnlich ein solcher Hausvater zu leisten pflege, sey der Zurechnung unterworfen, und nicht mehr **).

Daß man diesem durchaus bündigen Argument so lange kein Gehör hat geben wollen, daran ist, wie Hasse treffend bemerkt, auch das Vorurtheil mit Schuld, daß man sich die diligentia diligentis patris familiae viel zu gering dachte. „Man war hier einmal auf die Vorstel„lung eines mittelmäßigen gemeinen Fleißes verfallen, „und dachte dabei an etwas Vulgäres, etwas dem großen „Haufen eignes, vor dem es eben nicht so gar schwer „sey, sich auszuzeichnen, und wovon es also auch in der „Erfahrung eine Menge Ausnahmen gebe ***). Allein

---

*) Fr. 31. ad leg. Aquil.: „si putator, ex arbore ramum cum dejiceret, vel machinarius hominem praetereuntem occidit, ita tenetur, si is in publicum decidat, nec ille proclamaverit, ut casus ejus evitari possit. Sed Mucius etiam dixit, si in privato idem accidisset, posse de culpa agi: culpam autem esse, cum quod a diligente provideri poterit, non esset provisum, aut tum denunciatum esset, cum periculum evitari non posset etc." — Fr. 52. §. 4. eod.: „cum pila complures luderent, quidam ex his servulum, cum pilam praecipere conaretur, impulit, servus cecidit, et crus fregit. Quaerebatur, an dominus servuli Lege Aquilia cum eo, cujus impulsu ceciderat, agere posset. Respondi, non posse, cum casu magis quam culpa videretur factum".

**) So Hasse a. a. O. S. 120—1.

***) So spricht Prousteau a. a. O. cap. 6. bei der culpa levis von einer mediocris diligentia, von einem me-

„dies stimmt nun mit der Ansicht der Römer durchaus „nicht überein. Ein tüchtiger, ein fleißiger Mann, ein „diligens, bonus, studiosus paterfamilias war ihnen „ein solcher, der seinen Geschäften und seinem Betriebe „durchaus gewachsen war, der in seinem Wirkungskreis „fest auf Ordnung hielt", und überall mit voller ganzer Kraft, Thätigkeit und Umsicht zu Werke gieng. Wenn ein solcher in besonders schwierigen und gefahrvollen Arbeiten und Geschäften mit äußerster Pünktlichkeit und Anstrengung verfährt, so übt er doch nur die diligentia diligentis patrisfamiliae; denn dieser handelt überall so, wie es gerade Noth thut; — und wenn er irgend wo etwas nur aus Mangel besonders ausgezeichneter Geschicklichkeit versieht, so ist auch hierin eine negligentia vorhanden, die bei einem diligens paterfamilias gewöhnlich nicht vorkömmt, weil dieser nichts unternimmt, wozu er nicht gewachsen ist. Man braucht also, um die Imputabilität des Mangels außerordentlicher Pünktlichkeit und Anstrengung, oder besondrer Geschicklichkeit in dergleichen Fällen zu rechtfertigen, durchaus keinen dritten Grad des unwissentlichen Verschuldens anzunehmen, indem er schon als geringes Verschulden zugerechnet werden kann. Die Mittel und Kräfte, drohenden Schaden abzuwenden, modificiren und steigern sich nach der eigenthümlichen Beschaffenheit der Verhältnisse; aber wer bei schwierigen Unternehmungen sich mehr anstrengt als bei leichteren, ist doch überall gleich sorgsam *).

---

diocriter diligens, und sagt mit Bezug auf mehrere Gesetzstellen: „quibus in locis immunis ab hac culpa dicitur, qui res alienas eodem modo curat ac proprias, dummodo sese continuerit intra vulgarem et solitum ut diligentiae sic etiam negligentiae modum, a quo pariter abest diligentissimus ac negligentissimus quisque".

*) Vergl. Hasses angeführte Recension S. 193.

3) Es wäre absurd, für ganz gewöhnliche Lebensverhältnisse den äußersten Grad von Thätigkeit und Pünktlichkeit zu fordern, weil auch der ausgezeichnete Mensch seine eigenthümliche Kraft nur dann entwickelt, wenn ihn besonders interessante Umstände dazu aufregen. Man müßte also die römischen Juristen gleichsam einer culpa lata beschuldigen, wenn man annehmen wollte, daß sie z. B., wie die Trichotomisten lehren, beim gewöhnlichen Commodat eine solche Auszeichnung zur Pflicht gemacht, und eine culpa levissima zugerechnet hätten *).

4) Culpa schlechthin (was den mittlern Grad der Zurechnung andeuten soll) wird häufig dem casus entgegengesetzt. Dies wäre durchaus unlogisch, wenn noch etwas — nämlich die culpa levissima — in der Mitte läge **).

5) Diligentia (was den Grad von Fleiß bezeichnen soll, wodurch culpa levissima vermieden wird) wird oft in direktem Gegensatz mit dolus und culpa lata gebraucht. Es kann also ein drittes nicht in der Mitte liegen ***).

---

*) Vergl. Hasse an demselben O. S. 201—5.

**) Fr. 32. pr. de neg. gest.: „in qua lite culpam aestimari satis est, non etiam casum. Fr. 52. §. 2, 3. pro socio. Fr. 5. §. 2. commodati; §. 3. I. ad leg. Aquil. — Vergl. v. Löhr Beiträge zu der Theorie der Culpa. S. 61—66.

***) Fr. 6. de admin. rerum ad civ. pertinent.: „magistratus reipublicae non dolum solummodo, sed et latam negligentiam, et *hoc amplius*, etiam *diligentiam* debent". — Fr. 3. §. 5. de jure fisci: „divi fratres rescripserunt, in venditionibus fiscalibus fidem (bona fides ist ein Correlat von dolus. — Fr. 3. §. 3. pro socio; C. 5 de rescind. vend.) et diligentiam a procuratore exigendam". — Fr. 68. pr. de contr. emt. — Vergl. v. Löhr a. a. O. S. 81—4.

Eben so werden exacta diligentia *), und custodia **) dem dolus entgegengesetzt.

6) Für dieselben Verhältnisse kommen in verschiedenen Stellen verschiedene Ausdrücke der hier statt findenden Zurechnung vor ***). Daraus folgt, daß man von

*) Paulus recept. sent. I., 4. §. 1.: „qui negotia aliena gerit, et bonam fidem, et exactam diligentiam rebus ejus, pro quo intervenit, praestare debet".

**) §. 17. I. de obl. ex delicto: „is, apud quem res deposita est, custodiam non praestat: sed tantum in eo obnoxius est, siquid ipse dolo malo fecerit".

***) So heißt es in fr. 44. pr. ad leg. Aquil.: „in lege Aquilia et levissima culpa venit" und in fr. 13. pr. de liberali causa: „illud certum est, damnum hoc solum in hac in factum actione deduci, quod dolo, non etiam quod culpa factum sit. Ideoque licet absolutus hoc judicio fuerit, adhuc tamen postea cum eo poterit lege Aquilia agi, cum ea lege etiam culpa teneatur". Vergl. §. 3, 14. I. de leg. Aquil. — In fr. 1. §. 4. de O. et A. wird von dem Commodatar gesagt: „exactissimam diligentiam custodiendae rei praestare compellitur" und in fr. 10. pr. commod.: „si culpa ejus fecit deteriorem, tenebitur". — Nach §. 1. I. de obl. qu. ex contr. ist der negotiorum gestor „ad exactissimam diligentiam verbunden; nach C. 20. de neg. gest. haftet er für culpa levis. — In §. 4. I. quib. mod. re contrah. oblig. wird von dem Faustpfandgläubiger exacta diligentia ad rem custodiendam gefordert; — in fr. 13. §. 1, fr. 14. de pigneratitia actione heißt es von dieser Klage: „venit autem in hac actione et dolus, et culpa, ut in commodato: venit et custodia: vis major non venit. — Ea igitur, quae diligens paterfamilias in suis rebus praestare solet, a creditore exiguntur". Nach C. 5. eod. haftet der Faustpfandgläubiger: „si culpae reus deprehenditur" und ist nach C. 8. eod. frei, wenn man ihm keine „culpa seu segnitia" vorwerfen kann. — Vergl. v. Löhr a. a. O. S. 132—3.

den verschiedenen Ausdrücken nicht auf verschiedne Grade der Zurechnung schließen kann.

7) Ueber die Frage, welcher Grad des Verschuldens in concreten Fällen zugerechnet werden könne, ist folgende allgemeine Regel angegeben: derjenige Contrahent, welcher Vortheil aus einem Geschäfte zieht, — gleichviel ob es auch zum Nutzen des andern gereicht, oder nicht, — haftet für das geringste Versehen — omnem diligentiam praestat; — derjenige, welcher kein Interesse bei dem Geschäfte hat, prästirt nur den dolus (mit culpa lata) *).

Diese Regel steht offenbar mit der dreigliedrigen Eintheilung im Widerspruche. Denn nach derselben sind immer nur zwei Fälle möglich: entweder haftet man nur für grobes Verschulden, oder man wird schon wegen des geringsten verantwortlich. Da demnach für einen mittleren Grad gar kein Gegenstand übrig bliebe, so ist er offenbar überflüssig — oder vielmehr er ist gar nicht vorhanden.

8) In Contrakten, in denen die Trichotomisten nur ihre culpa levis zurechnen, wird von den Gesetzen ausdrücklich omnis diligentia **) gefordert. Ihre Theorie ist also nur durch Inconsequenzen haltbar. Sie trennen ferner

*) Fr. 17. §. 2. de praesc. verbis: — si cui inspiciendum dedi, sive ipsius causa, sive utriusque, et dolum et culpam mihi praestandam esse dico, propter utilitatem: periculum non. Si vero mei duntaxat causa datum est, dolum solum; quia prope depositum hoc accedit". Vgl. fr. 10. §. 1. commod. und z. B. fr. 38. pr. de damno infecto, wo es heißt: „venditor omnem diligentiam praestare debet". — Vgl. v. Löhr a. a. O. S. 117—32.

**) Z. B. sagt Paulus in fr. 18. §. 9. und fr. 38. pr. de damn. inf. wortklar: der venditor habe dem emtor omnem diligentiam zu prästiren.

9) Geschäfte in Rücksicht des Grades der Zurechnung welche in dieser Beziehung von den Gesetzen offenbar zusammengestellt sind. Vom Commodatar soll culpa levissima, vom Conduktor nur levis prästirt werden; — die Gesetze stellen die Verantwortlichkeit beider ganz gleich *).

10) Der Ausdruck: „culpa levissima" kömmt im Corpus Juris nur einmal vor, nämlich in

fr. 44. pr. ad legem Aquiliam; culpa levis nur sechsmal, nämlich in

fr. 39. §. 6. de administratione et periculo tutorum,
fr. 47. §. 5. de legatis I.,
fr. 22. §. 3. ad Senatusconsultum Trebellianum,
fr. 54. §. 2. de adquirendo rerum dominio,
C. 20. de negotiis gestis,
C. 7. arbitrium tutelae.

Sowohl die Seltenheit des Gebrauchs dieser Bezeichnungen, als auch die Stellung **), in welcher sie vorkommen, beweisen hinlänglich daß sie als technische Ausdrücke für gewisse Grade der culpa nicht angesehen werden können.

11) In den von den Trichotomisten als Hauptstützen ihrer Theorie angeführten:

---

*) Fr. 5. §. 15. in f. commod.: — verum in vehiculo commodato vel locato...... esse verius ait, et dolum, et culpam, et diligentiam, et custodiam.... me praestare debere".

**) Z. B. C. 20. de neg. gest.: „...super his.. quae.. ultro quis administravit, cum non tantum dolum et latam culpam, sed et levem praestare necesse habeat: a te conveniri potest..."

„fr. 5. §. 2, 3. commodati,
fr. 47. §. 5. de legatis I. *),
fr. 23. de regulis juris“,

sind dolus (was die culpa lata in sich begreift), culpa (als Bezeichnung des geringen Verschuldens) und diligentia in einer solchen Verbindung aufgeführt, daß es allerdings scheint, durch den Beisatz dieses letzteren Wortes wolle noch ein weiterer, nämlich geringerer Grad des Verschuldens als imputabel erklärt werden. Dieser Schein wird aber durch folgende Bemerkung vollkommen beseitigt. Wenn die Römer erklären wollen, daß Jemand aus einer Obligation auch für das geringe Verschulden hafte, daß er diligentiam diligentis patris familiae anzuwenden habe, so sagen sie gemeinhin: er habe dolum et culpam zu prästiren. Nun giebt es aber Fälle, wo der zur Prästation des geringen Verschuldens überhaupt Verbundne den Folgen eines wirklich begangnen geringen Versehens schon dadurch entgehen kann, daß er beweist, er habe die fremde Angelegenheit mit demselben Fleiße behandelt, wie er seinen eignen zu widmen pflege. Wird die eigenthümliche Qualität eines solchen Falles besonders hervorgehoben, so heißt es, der Verbundne habe diligentiam, quam suis rebus adhibere solet, anzuwenden. — Im Gegensatz dieser Fälle finden es nun die römischen Juristen manchmal, insbesondre wenn es zweifelhaft seyn könnte, für nothwendig, von einem gegebenen Verhältniß ausdrücklich zu bemerken, daß hier dem Verbundnen jene Begünstigung nicht zu Statten komme, daß er vielmehr die diligentia (nämlich diligentis)

*) Ulpianus: „culpa autem qualiter sit aestimanda, videamus: an non solum ea, quae dolo proxima sit, verum etiam quae levis est: an numquid et diligentia quoque exigenda est ab herede? Quod verius est“.

schlechthin zu prästiren habe. Diese Bemerkung wird nun durch die in den angeführten Fragmenten vorkommende Steigerung des Ausdrucks gegeben. Sie bezeichnet also keine verschiedenen Grade des Verschuldens überhaupt, sondern nur Verschiedenheiten in der Prästation des geringen Verschuldens *).

Dieselbe Bedeutung hat die Steigerung mit dem Worte custodia z. B. in

C. 19. de pignoribus et hypothecis;

denn custodia bezeichnet nichts anderes als die diligentia in Bezug auf ein besonderes Geschäft — nämlich die Verwahrung einer Sache — die diligentia custodiendae rei.

Wenn ferner

„fr. 1. §. 1. si mensor falsum modum dixerit" **)

als ein Hauptargument für die dreigliedrige Eintheilung angeführt wird, so beruht dies auf einer offenbar irrigen Auslegung dieser Stelle. Man nimmt nämlich an, daß Ulpian zwischen den Fällen, wo der mensor kein Honorar bekömmt, und denen, wo er eines erhält, unterschieden habe, und in letzteren nicht nur dolus und culpa lata, aber auch nicht omnis culpa zugerechnet wissen wolle; er müsse daher, so schließt man nun, einen dritten

---

*) Vergl. Hasse die Culpa des R. R. §. 64.

**) Ulpianus: „haec actio dolum malum duntaxat exigit; visum est enim satis abundeque coerceri mensorem, si dolus malus solus conveniatur ejus hominis, qui civiliter obligatus non est. Proinde si imperite versatus est, sibi imputare debet, qui eum adhibuit; sed et si negligenter, aeque mensor securus erit. Lata culpa plane dolo comparabitur. Sed et si mercedem accepit, non omnem culpam eum praestare, propter verba Edicti, utique enim scit Praetor, et mercede eos intervenire".

mittleren Grad im Sinne gehabt haben. Aber das Suppositum ist falsch; Ulpian unterscheidet die beiden Fälle in Rücksicht auf Zurechnung durchaus gar nicht. Im Eingange des Fragmentes bemerkt er *), daß der Prätor die Verantwortlichkeit des mensor deßwegen auf dolus (mit culpa lata) beschränkt habe, weil die Verrichtungen desselben nicht als eine Lohnarbeit, sondern als ein Dienst aus Gefälligkeit (beneficium) anzusehen seyen; darum heiße auch dasjenige, was man ihm als Zeichen der Erkenntlichkeit (ad remunerandum) gebe, nicht Lohn, sondern Honorar. In dem critischen §. 1. sagt er nun: der Prätor habe wohl gewußt, daß der mensor sich manchmal eine Belohnung versprechen lasse; aber doch, in Erwägung der eigenthümlichen Natur dieser Gabe, die Verantwortlichkeit desselben in solchen Fällen nicht erhöht. Ulpian hat, dieser einleuchtenden Auslegung zufolge **), nichts weniger im Sinne gehabt, als die Fälle der ganz unentgeltlichen und der honorirten Geschäftsführung des mensor zu unterscheiden, und für die letzteren einen Mittelgrad zwischen culpa lata und culpa omnis als imputabel auszusprechen. Seine Aeußerung giebt vielmehr einen glänzenden Beweisgrund für die zweigliedrige Eintheilung ab: denn wenn derjenige Grad der culpa, dessen Prästation zunächst an die Prästation der culpa lata gränzt, schon culpa omnis ist, so giebt es offenbar nur zwei Grade.

---

*) Idem: „Ideo autem hanc actionem proposuit, quia non crediderunt veteres, inter talem personam locationem et conductionem esse, sed magis operam beneficii loco praeberi et id, quod datur ei, ad remunerandum dari, et inde honorarium appellari".

**) S. Hasse a. a. O. §. 68. — Vgl. v. Löhr a. a. O. S. 77—9.

6.

Wer außer einem Obligationsnexus *) dem Andern widerrechtlich einen Schaden z. B. aus Unbesonnenheit zugefügt hat, kann den Folgen dieses damnum injuria datum nicht entgehen, wenn er auch nachweist, daß Unbesonnenheit bei ihm habituell ist. Ohne alle Rücksicht auf die gewöhnliche Handlungsweise desjenigen, welcher Urheber des Schadens ist, wird aus der Lex Aquilia auch das geringste, überhaupt imputable, Verschulden zugerechnet.

In einem Obligationsverhältniß bestimmt sich überall die Imputabilität einer Schadenszufügung nach dem besondern Grade der Beflissenheit, (diligentia) welche durch die besondre Natur der einzelnen Obligation zur Pflicht gemacht ist. Wenn zur Vermeidung der Beschädigung ein höherer Grad von diligentia, als die Obligation zur Pflicht macht, nothwendig war, so findet keine Zurechnung statt, es ist keine culpa vorhanden, der zugegangene Schaden ist casus.

Nur bei wenigen Verhältnissen genügt es, außer eigentlichem dolus — latam negligentiam zu vermeiden; — die Gesetze sprechen hier gar nicht von diligentia. Wenn man von dem Verbundnen nichts weiter fordert, „als daß auch er wisse, was Alle wissen", so kann man eigentlich nicht sagen, er sey zu einer positiven „diligentia" verbunden: er soll sich nur nicht den Vorwurf arger Gesinnung zuziehen, welche in einer culpa lata immer zu erkennen ist. Wie aber schon be-

*) Ueber das Verhältniß des Aquilischen judicium zu der actio ex contractu kann sich dies Handbuch erst zu Schweppe §. 551. äußern.

merkt wurde, so gilt auch das geringste Versehen für einen Verstoß gegen bona fides, und wird einer culpa lata gleichgeachtet, wenn ein solches bei dem Handelnden in Besorgung seiner eignen Angelegenheiten nicht vorzukommen pflegt *). Dies ist die von Schweppe **) sogenannte culpa lata in concreto.

In den meisten übrigen Verhältnissen thut man aber nicht genug, wenn man nur gerade so fleißig ist, als man in eignen Angelegenheiten zu seyn pflegt: es müßte denn seyn, daß man sich auch hier durchweg †) als einen diligens paterfamilias zu zeigen gewohnt ist; denn diese diligentia diligentis patrisfamiliae — in abstracto (d. h. ohne Rücksicht ††) auf die gewöhnliche Handlungsweise

---

*) Zu dieser culpa in concreto kann es noch keineswegs zureichen, wenn man ein oder das andere Mal in eignen Angelegenheiten, sey es auch in einem sehr ähnlichen Falle, fleißiger gewesen, als man sich nun gerade für das fremde Interesse gezeigt hat. Was man einmal gewesen, pflegt man noch nicht zu seyn. — S. Hasse a. a. O. §. 40.

**) A. a. O. §. 138.

†) Auch beim diligens paterfamilias mögen hie und da einzelne Momente des Unfleißes vorkommen; aber hiermit kann sich derjenige nicht entschuldigen, der nach der Natur der Obligation diligens seyn soll.

††) Eine Rücksicht auf die individuellen Eigenschaften des Handelnden kann auch bei der diligentia in abstracto in sofern eintreten, als derselbe zu dem ihm anvertrauten Geschäfte besondre Talente oder Geschicklichkeit besitzt. Wendet er sie nicht an, so handelt er nicht, wie ein diligens paterfamilias zu handeln pflegt, und begeht eine culpa in abstracto. — Vgl. fr. 137. §. 2, 3. de V. O., wo zur Beurtheilung des Verschuldens auf „ratio temporis, aetatis, sexus, valitudinis, auf conditio hominis" verwiesen wird; — und Hasse a. a. O. §. 26, 41.

des Verbundnen) ist der regelmäßige Maaßstab der in Obligationsverhältnissen zur Pflicht gemachten besondern Beflissenheit. Mit dem ideellen Musterbilde dieser diligentia muß der Verbundne die Thätigkeit, Umsicht und Pünktlichkeit, die er auf die schuldige Leistung gewandt hat, vergleichen lassen, und ist, wenn dem Berechtigten Schaden zugieng, nur insofern von Verantwortlichkeit frei, als die von ihm angewandte diligentia hinter jenem Musterbilde nicht zurückblieb.

Nur ausnahmsweise, in einigen Verhältnissen kann der Verbundne verlangen, daß man die von ihm in dem gegebenen Falle bewiesene diligentia, nicht mit dem ideellen Musterbilde, sondern mit der diligentia, quam suis rebus adhibere solet — also mit einem durch seine Handlungsweise in eignen Geschäften reell gewordenen Musterbilde *) in Vergleich setze; — und haftet nun nicht, wenn sie nur diese — leichtere **) — Probe besteht.

Durch diese Begünstigung wird die Prästation des geringen Verschuldens durchaus nicht aufgehoben, sondern nur für die diligentia, durch welche es abgewandt werden kann, ein leichterer Maßstab aufgestellt. Will der Beklagte in den Fällen der diligentia in abstracto der Entschädigungsklage nicht unterliegen, so muß er nachweisen, daß er sich der fremden Sache, dem fremden

---

*) Dies individuelle Musterbild muß immer noch einen diligens, wiewohl von geringerem Gehalte, darstellen. Ist bei dem Verbundnen das Nichtseyn aller Diligenz, nämlich lata negligentia, habituell, so kann er dies nicht für sich geltend machen.

**) Durch die Rücksicht auf die diligentia quam suis kann hier die Verantwortlichkeit nur gemindert, nicht erhöht werden.

Geschäfte mit dem Eifer, der Sorgfalt eines sorgsamen Hausvaters gewidmet; — in den Fällen der diligentia quam suis (oder s. g. culpa levis in concreto) genügt es, wenn er darthut, daß er Sache oder Geschäft des Andern, wie seine eignen, behandelt habe. Wohl häufig wird derjenige, der sich durch diesen letzteren Beweis außer Verantwortung setzen könnte, nicht im Stande oder auch nicht Willens seyn, dem Richter die zur Erkenntniß der diligentia, quam suis rebus adhibere solet, erforderlichen Thatsachen vorzulegen. In dergleichen Fällen tritt nun, in Ermanglung der die Anwendung der günstigen Ausnahme bedingenden Momente, die Wirksamkeit der Regel wieder ein; und die von dem Beklagten, der immer noch für geringes Verschulden haftet, angewandte diligentia muß mit dem allgemeinen Musterbilde verglichen werden *).

7.

Hat Jemand außer Obligationsverhältnissen eine Rechtsverletzung erlitten, und will nun den

---

*) Sowohl im Falle der s. g. culpa lata in concreto, als in dem der culpa levis in concreto ist die Rücksicht auf den habituellen Fleiß des Verbundenen das über die Zurechnung entscheidende Moment; aber auf ganz verschiedne Weise. Auf das Daseyn der culpa lata i. c. (negligentia suis rebus non consueta) beruft sich der Berechtigte, um ein im Allgemeinen (d. h. aus dem Standpunkt der culpa lata in abstracto) nicht imputables Faktum als imputabel darzustellen; — auf das Nichtdaseyn der culpa levis in concreto beruft sich der Verbundne, um die Nichtimputabilität eines im Allgemeinen (d. h. aus dem Standpunkte der culpa levis in abstracto) imputablen Verschuldens darzuthun. So wie hier der Beklagte, so muß dort der Kläger die Beweislast übernehmen.

Ersatz des zugefügten Schadens von einem Andern begehren, so muß er gegen diesen den Beweis der Aquilischen Culpa übernehmen.

Besteht aber die Beschädigung in der Nichtleistung oder auf irgend eine Weise unvollkommnen Leistung desjenigen, was aus einer Obligation geschuldet war, so gehört es zum Grund der Einrede, daß der erfolgte Schaden des Berechtigten dem Verbundnen nicht zugerechnet werden könne. Nicht Jener hat zu beweisen, daß diesem eine culpa zur Last falle; sondern dieser, der debitor. muß seinerseits darthun, daß er frei von culpa sey, daß er den ganzen Umfang seiner Obliegenheiten erfüllt habe, und darum für den eingetretenen Schaden nicht verantwortlich seyn könne *).

Wenn nun auch der Berechtigte in seiner Klagschrift (ungeschickterweise) behauptet, dem Beklagten falle eine imputable Culpa zur Last, so kann man deßwegen die Beweislast ihm nicht aufbürden, und seinen Gegner davon befreien; denn nur das, was zum Grunde seiner Klage gehört, ist er schuldig zu beweisen. Er fordert von seinem Gegner nichts als Erfüllung der Obligation **), und hat demgemäß nur solche Thatsachen zu erweisen, welche zur Begründung der Forderung noth-

---

*) Fr. 1. §. 13. de magistr. conv. — Fr. 11. de probat.

**) Gewöhnlich wird sogleich die Aestimation des geschuldeten Gegenstandes verlangt, weil der Kläger weiß, daß dieser selbst nicht mehr geleistet werden kann Aber dies macht durchaus keinen Unterschied Ist der Beklagte im Stande, in natura zu erfüllen, so muß der Kläger damit zufrieden seyn. Sonst aber muß er, wenn er dem Schadensersatz entgehen will, beweisen, daß er keine Schuld an der Schadenszufügung trage.

wendig sind. Kann der Beklagte der bewiesenen Forderung nicht genügen, so haftet er für den hierdurch dem Kläger zugehenden Schaden, es sey denn, daß er als Einrede zu beweisen vermöchte, der Schade sey ein zufälliger. Damit aber ein Schaden als ein zufälliger gelten könne, braucht er nicht gerade durch eine unabwendbare s. g. vis major u. d. g. verursacht zu seyn; sondern auch ein abwendbarer Schaden ist als casuell zu betrachten, wenn die Abwendung einen höhern Grad von Thätigkeit und Umsicht erfordert hätte, als der Verbundne nach der besondern Natur der Obligation zu leisten hat. Beweist also der Beklagte solche Thatsachen, aus denen hervorgeht, daß er seinerseits nichts, was ihm oblag, versäumte, so hat dieser Beweis gerade soviel Kraft als der Beweis der Unmöglichkeit, den Schaden abzuwenden, und er muß von der Klage entbunden werden.

Ausnahmsweise hat auch in Obligationsverhältnissen der Beschädigte den Beweis der culpa seines Gegners zu führen, wenn dieser nicht zu einer Leistung, sondern nur dazu verbunden war, nicht arglistig zu Werke zu gehen und culpa lata zu vermeiden. So hat der Commodans an den Commodatar keine Leistung zu entrichten; nach der Natur der Obligation ist zu einer solchen allein der Commodatar verbunden; — hat aber der Commodans eine Sache hergeliehen, die bei dem Gebrauche Jenem Schaden bringt, z. B. ein stöckisches Pferd, eine Flinte, die leicht in der Ruhe losgeht; so hat er ex obligatione commodati für den Ersatz des zugefügten Schadens, sofern ihm dolus, oder doch, weil er vor den Fehlern der Sache nicht gewarnt hat, eine culpa lata vorgeworfen werden kann, allerdings zu haften. Hier gehört es zum Grunde der Klage auf Schadensersatz, daß dem Beklagten dolus oder culpa lata zur Last fällt; der

Kläger muß dieß behaupten, und folglich auch beweisen.

Auch muß noch bemerket werden, daß man dasjenige, was zum Grund der Replik gehört, nicht mit Thatsachen verwechseln dürfe, die zur Begründung der Klage oder Einrede erforderlich sind. Ich meine hier besonders den Vorwurf einer culpa lata in concreto. Wenn z. B. der actio depositi auf Zurückgabe der Sache von dem Beklagten durch Behauptung solcher Thatsachen über den Verlust derselben begegnet wird, aus welchen hervorgeht, daß ihm keine grobe Schuld — in abstracto — vorgeworfen, also der Verlust nicht zugerechnet werden könne; so kann nun der Kläger die Einrede des Beklagten replicando durch die weitere Behauptung elidiren: dieser habe die deponirte Sache nicht so verwahrt, wie er seine eignen zu verwahren pflege, ihn treffe also der Vorwurf einer culpa lata — in concreto. Wenn nun zuvor der Beklagte seine Einrede, nämlich das Nichtseyn einer culpa lata in abstracto wirklich bewiesen hat, so muß nun der Kläger, wenn er obsiegen d. h. statt der zu Verlust gegangenen Sache die Leistung des Interesse erhalten will, den Grund seiner Replik, nämlich das Seyn der culpa lata in concreto seines Gegners, zu Recht erweisen.

XVI.

Zur allgemeinen Lehre von der Verjährung *).

1.

Schweppe definirt die Verjährung im Allgemeinen als „die Bekräftigung des in Rücksicht eines Rechtes bisher bestandenen Zustandes durch seine kürzere oder längere Dauer“.

Das gemeinsame Merkmal aller Verjährung besteht darin, daß ein Zustand der eine Zeitlang faktisch bestand, nun ein rechtlicher wird. So wird bei der Usucapion des Eigenthums das faktische Verhältniß des Besitzes, in welchem sich bisher der Usucapient zu der Sache befand, nun das rechtliche des Eigenthums. Nach vollendeter Extinktivverjährung kann die Klage, welche bisher faktisch nicht angestellt wurde, rechtlich nicht mehr angestellt werden.

2.

Das römische Recht unterscheidet, und trennt in der Behandlung vier verschiedene Institute der Verjährung:

1) die Usucapion des Eigenthums. Wenn man, unter gewissen Bedingungen, eine Sache eine gewisse Zeit hindurch besessen hat, so wird der Besitz Eigenthum. Diese Verjährungsart ist auch auf die Servituten übertragen, und bildet die s. g. praescriptio adquisitiva;

*) Schweppe a. a. O. §. 157.

2) die Erlöschung der Servituten durch Nichtgebrauch;

3) die Extinktivverjährung der Klagen;

4) die Immemorialverjährung, ein ganz allgemeines, nicht auf einzelne Verhältnisse beschränktes, lediglich auf dem Verlauf der Zeit beruhendes Institut, was mit den übrigen Arten theoretisch fast gar nichts gemein hat *).

3.

Das Entstehen und Aufheben der Rechte sind die zwei Resultate der Verjährung. Hierauf gründet sich die Eintheilung des Systems in Adquisitiv- und Extinktiv-Verjährung. Doch muß wohl bemerket werden, daß bei jeder dieser beiden Arten Entstehung und Aufhebung zusammentreffen. Denn durch die Entstehung des Rechtes für den Einen, wird für den Andern etwas verloren. Indem z. B. der Usucapient das Eigenthum einer Sache gewinnt, wird das Recht des bisherigen Eigenthümers aufgehoben. Wenn auf der andern Seite das Recht des Einen aufgehoben wird, so gewinnt dadurch derjenige, gegen den es gerichtet war. So behält der bisherige Besitzer die Sache unbestritten auch für die Zukunft, wenn die Klage verjährt ist, durch welche sie ihm hätte abgestritten werden können.

Nur ist immer das Eine, entweder die Entstehung oder die Aufhebung das unmittelbare Resultat der gesetzlichen Bekräftigung; das Andre nur eine secundäre Folge.

---

*) Vergl. Heise, Grundriß eines Systems des gemeinen Civilrechts. Dritte Ausgabe. S. 37. not. 13.

4.

Schweppe lehrt: „Wenn man die s. g. res me-„rae facultatis *) von aller Verjährung ausnehmen will, „so muß man entweder solche Gegenstände darunter ver-„stehen, bei welchen ein Andrer gar kein Interesse haben „kann, oder bei welchen es an den Bedingungen der „Verjährung fehlt; denn außerdem ist alles verjährbar".

Mein Korn in dieser oder jener Mühle mahlen zu lassen, ist an sich, rücksichtlich meiner, gewiß eine res merae facultatis. Aber der Müller hat allerdings ein Interesse daran, ob ich bei ihm mahlen lasse, oder bei einem andern. Wenn daher die Bedingungen der Verjährung hinzu kommen, wenn es insbesondre am Besitzstande nicht fehlt, so können aus dergleichen freiwillkührlichen Handlungen rechtlich — nothwendige werden, so daß es nach Ablauf der Verjährungszeit nicht mehr in meiner Willkühr steht, wo ich mein Korn mahlen lassen will **).

Damit aber ein Andrer durch Verjährung das Recht erwerben könne, mich zur Fortsetzung des bisherigen Thuns oder Nichtthuns anzuhalten, muß er, nach dem leitenden Grundsatze: „tantum praescriptum, quantum possessum" die zu erwerbende Befugniß während der Verjährungszeit besessen haben. Der Besitz bei Rechten besteht in der Ausübung derselben, in der Existenz

*) Unter rebus merae facultatis werden im Ganzen Handlungen verstanden, welche man unterlassen kann, ohne bloß dadurch das Recht auf dieselben zu verlieren, oder, welche man vornehmen kann, ohne bloß dadurch zu ihrer Ausübung gezwungen zu seyn. S. Thibaut über Besitz und Verjährung. §. 22. not. 1.

**) Vergl. Mevius Decisiones P. I. Dec. 60.

solcher Thatsachen, welche die Realisirung des Rechtes enthalten, und den Charakter der Rechtsausübung an sich tragen. Wer kann aber z. B. darin, daß ich 30 Jahre lang bei demselben Schneider arbeiten lasse, die Vollziehung eines Rechtsverhältnisses erkennen, kraft dessen ich, dies zu thun, rechtlich verbunden bin?

Wenn demzufolge bei dergleichen rebus merae facultatis eine Verjährung gewöhnlich nicht statt finden kann, so ist der Grund davon nicht unmittelbar in der eigenthümlichen Natur derselben, als unverjährbarer Gegenstände, sondern vielmehr darin zu suchen, daß in der Fortsetzung des willkührlichen Thuns oder Nichtthuns keine Rechtsausübung erkannt, kein Besitzstand gefunden werden kann, daß es also an sonstigen Bedingungen der Verjährung fehlt.

Sobald aber die Fortsetzung der fraglichen Handlung oder Unterlassung den Charakter der Rechtsausübung z. B. dadurch erhalten hat, daß sie von der einen Seite als rechtlich nothwendig behauptet, und dieser Behauptung von der andern Seite ohne Widerspruch faktisch entsprochen wurde, so kann unbedenklich von dem Momente dieser Begründung des Besitzstandes an eine Verjährung zu laufen beginnen, und durch den Ablauf der Zeit das bisherige willkürliche Thun oder Nichtthun ein rechtlich — nothwendiges werden *).

5.

Von der Immemorialverjährung kann man nicht sagen, sie mache einen Zustand, der bisher nur faktisch

*) Thibaut und Mevius a. a. O. Vergl. Hufeland neue Darstellung der Rechtslehre vom Besitze. S. 79—81; und meine civilistischen Erörterungen. S. 76—8.

existirte, zu einem rechtlichen. Denn bei ihr handelt es sich von einem solchen Zustande, dessen Ursprung unbekannt ist, von dem man also durchaus nicht weiß, ob er bisher nur faktisch oder auch rechtlich existirt habe. Weil er aber seit unvordenklichen Zeiten unangefochten *) blieb, so vermuthen die Gesetze, daß er rechtlich entstanden sey, und eben so bisher fortgedauert habe. Der Beweis der Unvordenklichkeit gilt demnach für den Beweis des rechtlichen Ursprungs. Durch die Immemorialverjährung wird nicht ein bisheriger Zustand zum rechtlichen erst gemacht, sondern vielmehr bewiesen, daß er schon bisher als rechtlicher existirt habe.

Von den Bedingungen der Adquisitivverjährung, bona fides und justus titulus, kann hier nicht die Rede seyn; denn sie sind als Qualitäten des Besitzes erfordert, damit dieser in den rechtlichen Zustand z. B. des Eigenthums übergehen könne. Ob aber während des Laufes der Immemorialverjährung ein wirklicher Besitzstand vorhanden gewesen sey, darauf kann es offenbar nicht ankommen; denn die bisher vorgekommenen Thatsachen sollen nicht erst ein Recht begründen, sondern sind, wie vermuthet wird, Vollziehung eines schon vorhandenen Rechtes gewesen. Daß etwa in ihrer äußern Erscheinung der Charakter der Rechtsausübung nicht erkennbar war, dies ist darum gleichgültig, weil das Daseyn dieses Charakters aus der immer wiederkehrenden Erscheinung vermuthet wird. So mag z. B. darin, daß eine Gutsherrschaft den Mitgliedern einer Gemeinde das Holz aus ihrem Walde lange Zeit hindurch immer um einen und denselben niedrigen Preis verkauft

*) Ein Angriff, der wieder aufgegeben wurde, muß die Stärke der Vermuthung noch erhöhen.

hat, an und für sich die Realisirung eines Rechtsverhältnisses, kraft dessen sie das Holz um diesen Preis an die Gemeindeglieder verkaufen muß, durchaus nicht zu erkennen seyn. Hat aber das Verkaufen um denselben Preis unvordenkliche Zeit gewährt, so wird vermuthet, daß vor Menschengedenken die Begründung eines Rechtsverhältnisses stattgefunden habe, kraft dessen die Gutsherrschaft die Verbindlichkeit überkam, das Holz an die Gemeindeglieder immerfort um denselben Preis abzugeben. Dieser Vermuthung zufolge muß nun der Richter das Daseyn einer Obligation als wirklich annehmen, und die Gutsherrschaft zur Erfüllung derselben für die Zukunft anhalten.

Diese Grundsätze können aber nur da zur Anwendung kommen, wenn durch die Unvordenklichkeit der Beweis eines affirmativen Rechtes geführt werden soll: d. h. eines solchen, kraft dessen der Verbundne etwas thun, eine positive Handlung vornehmen soll. Ein Recht hingegen, dem Andern ein Thun zu untersagen, kann nie blos aus dem Ablauf der Zeit nachgewiesen werden. Denn wenn eine Person etwas, was sie jeden Augenblick hätte thun können und dürfen, lange Zeit hindurch nicht gethan hat, so liegt in diesem willkührlichen Nichtthun gar keine Beziehung zu einer andern Person; in dem noch so oft wiederholten Unterlassen läßt sich durchaus keine Bestimmung der Person finden, welche dies Unterlassen angehen, und welche ein Recht auf das fernere Unterlassen erwerben könnte. — Ein Verhältniß, welches zwischen zwei Personen seit unvordenklicher Zeit faktisch bestanden hat, wird als rechtlich entstanden — vermuthet und geschützt. Aber wie kann man in einem unvordenklichen Nichtthun einer Person ein faktisch bestandenes Verhältniß zu einer andern Person finden, wie in einem unvordenklichen Nichts — ein Etwas?

Darum kann der Weideberechtigte den Eigenthümer des dienenden Grundstückes nicht von der Mithut ausschließen, wenn gleich dieser seine Befugniß, sein Grundstück als Weideplatz zu benutzen, seit unvordenklichen Zeiten nicht ausgeübt hat *). Der Eigenthümer des Grundstückes hat, als solcher, ein direktes Recht auf dasselbe, kraft dessen er darüber verfügen kann, wie er will, ohne dadurch mit irgend Jemand in ein Verhältniß zu kommen. Indem er es nun bisher niemals zu einem Weideplatz benutzte, ist er zu Niemanden in ein Verhältniß getreten; und wenn auch der aus der Servitut zur Weide Berechtigte seit unvordenklicher Zeit das fragliche Grundstück allein behütet hat, so kann er doch auf keinen Fall behaupten: ich bin seit unvordenklicher Zeit in dem faktischen Verhältniß, dich von der Mithut auszuschließen; es muß also angenommen werden, daß ich dazu berechtigt bin.

Von diesen Fällen der Adquisitivverjährung eines negativen Rechtes müssen aber wohl die Fälle der Extinktivverjährung unterschieden werden. Dort handelt es sich davon, aus dem seit unvordenklicher Zeit fortgesetzten Nichtthun der einen Person das Recht einer andern, die fernere Fortsetzung dieses Nichtthuns zu verlangen, nachzuweisen; — hier aber soll aus dem seit unvordenklicher Zeit fortgesetzten Nichtthun einer Person die Aufhebung des Rechtes, zu thun, — derselben Person — dargethan werden. Dort ist keine Spur einer wirklichen Begründung des fraglichen Rechtsverhältnisses vorhanden; hier ist es ausgemacht, daß das streitige Recht existirt habe, und nur das ist in Frage, ob eine rechtsbeständige Aufhebung desselben aus der Unvordenklichkeit der Nichtausübung vermuthet wer-

*) S. meine civilistischen Erörterungen. III, 4.

den könne? — Dort wurde der Unvordenklichkeit alle Wirkung abgesprochen, weil in dem bloßen Nichtthun einer Person kein Verhältniß derselben zu einer bestimmten andern gefunden werden kann; hier kann in dem Nichtthun, nämlich in der Nichtausübung des wirklich vorhandenen Rechtes ein (neues) Verhältniß zwischen den Personen, die nach dem Inhalt des Rechtes einander als Berechtigter und Verbundner gegenüber stehen, allerdings erkannt werden; — nämlich das Verhältniß der Freiheit des Letztern von dem Anspruche des Andern; — und wenn nun dies Verhältniß unvordenklich bestanden hat, so muß vermuthet werden, daß es rechtlich entstanden, oder, was dasselbe ist, daß die Aufhebung des vor Menschen Gedenken vorhanden gewesenen Rechtes rechtsbeständig geschehen sey. — So kann z. B. die Zehntfreiheit eines Gutes gegen den allgemeinen Zehntherrn unbedenklich durch die Unvordenklichkeit nachgewiesen werden.

XVII.

Zur allgemeinen Lehre von den Klagen.

1.

Unterschied der Interdicte von den Actionen *).

Das Wesen der actio bestand darin, daß der Prätor für die Fälle derselben schon im Edict ankündigte,

*) Schweppe a. a. O. §. 162. — Diese Erörterung ist aus v. Savignys Recht des Besitzes — dritte Auflage — S. 400. ff. — gezogen, wo die veronensische Handschrift und die Abhandlung Haubolds (Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft. III, 12.) benutzt sind.

nicht daß er selbst etwas thun, sondern daß er einen judex zur Entscheidung besorgen und instruiren wolle (judicium dabo). Indessen trat dieses doch nur ein, wenn über irgend eine Thatsache gestritten wurde: wenn dagegen ein Rechtssatz streitig war, oder wenn einer dem andern mit offenbarer Willkühr ohne allen Vorwand ein Unrecht zufügte, oder wenn auch nur jetzt vor dem Prätor der Beklagte die Behauptung des Klägers einräumte, (confessio), so wurde niemals ein judex gegeben, sondern der Prätor selbst endigte die Sache auf der Stelle *).

Ganz anders bei den Interdicten. Bei diesen war schon im Edict von einem judex nie die Rede, sondern von einem unmittelbaren Befehl oder Verbot des Prätors: veto, exhibeas, restituas. Kam nun ein einzelner Fall dieser Art vor, so erließ sogleich der Prätor diesen schon im Edict verzeichneten Befehl auf das einseitige Ansuchen des Klägers; so daß dieses Verfahren die größte Aehnlichkeit mit unserm Mandatsprozeß hatte. Jetzt waren zwei Fälle möglich: entweder räumte der Beklagte des Klägers Behauptung ein, dann war wieder alles geendigt: oder brachte etwa auch Exceptionen vor, dann wurde ein judex oder arbiter gegeben, und das, was Anfangs als Befehl des Prätors gelautet hatte, verwandelte sich nun von selbst in die Instruction des judex (formula).

Der wesentliche Erfolg also war bei Interdicten genau derselbe, wie bei Actionen, und der Unterschied lag mehr in der Form und dem Ausdruck, als in der Sache selbst; allein dieser formelle Unterschied hatte ohne Zweifel den factischen Grund, daß in den Fällen der Inter-

*) Veron. Frag.: „praetor aut proconsul principaliter auctoritatem suam finiendis controversiis proponit“.

dicte weit häufiger ein bloßer Befehl die Sache zu Ende bringt, als in den Fällen der Actionen.

Mit dem Untergange des ganzen ordo judiciorum, mit dem Verschwinden der Trennung von Prätor und judex mußte auch der eigenthümliche Charakter der Interdicte wegfallen. Ihr Name blieb, aber sonst kein Unterschied von Rechtsmitteln und Klagen überhaupt. In dieser Gestalt sind sie schon in den justinianeischen Rechtsbüchern zu finden, und eben so sind sie zu uns herüber gekommen, so daß sie in dieser neueren Gestalt eben so gut actiones heißen könnten.

2.

Ueber den Nebengegenstand der Klagen *).

Weil dem Kläger bisher die Ausübung seines Rechtes, der Genuß seiner oder der ihm geschuldeten Sache entzogen war, so kann er, nebst dem Hauptgegenstande der Klage, auch noch eine Vergütung für jenes Entbehren, als Nebengegenstand, fordern. Dahin gehören

1) die Früchte der Hauptsache **).

2) Zinsen, welche ihren Grund nicht in einer Willenshandlung haben, insbesondre Verzugs- und sonstige Strafzinsen ***).

---

*) Schweppe a. a. O. §. 165.

**) Fr. 3. pr. de usuris et fruct. fr. 62. §. 1. de R. V. — Fr. 15. pr. fr. 65. §. 5. de cond. indeb.; C. 22. de R. V.; §. 2. I. de off. jud. C. 1. in fine de her. pet. — C. 2. de fruct. et lit. expens.

***) Fr. 32. §. 2. de usur. et fruct. Fr. 13. §. 20. de act. emti. Fr 54. locat. cond. C. 2, 24. de usuris; C. 3, 4. depositi C. 5. de pact. inter emtorem et vendi.

Die versprochenen und vermachten Zinsen gehören zum Hauptgegenstande (in obligatione sunt) und können das Objekt einer eigenen Klage ausmachen *).

3) Die Leistung des Interesse (quantum mihi abest, quantumque lucrari potui) **).

4) Die Erstattung der Prozeßkosten, insofern sie gefordert werden kann ***).

Diese Nebengegenstände umfassen die Römer mit dem Ausdruck: „causa litis" †). Es gelten von ihnen folgende Grundsätze:

a) Von der Zeit der Litispendenz an muß dem Kläger omnis causa ersetzt werden; d. h. es muß ihm Alles ersetzt werden, was er gewonnen oder nicht verloren haben würde, wenn der Beklagte sich schon im Anfange des Prozesses entschlossen hätte, seiner Verbindlichkeit Genüge zu thun ††).

b) Die Nebenleistungen müssen ex officio zuerkannt werden, auch wenn sie nicht verlangt sind †††).

---

*) C. 1. de judic.

**) Fr. 33 locati; fr. 3. de condict. furtiva. Fr. 8. de evict.

***) C. 3. de fructibus et litium expensis.

†) Fr. 20. de R. V; fr. 35. de V. S.; fr. 31. de reb. cred.; fr. 38. §. 7. fr. 8. de usuris et fruct. — Von den Prozeßkosten ist in diesen Stellen nicht die Rede.

††) Fr. 31 pr. de R. C: „cum fundus vel homo per condictionem petitus esset, puto, hoc nos jure uti, ut post judicium acceptum causa omnis restituenda sit: id est, omne quod habiturus esset actor, si litis contestatae tempore solutus fuisset. — Vergl. fr. 40. de her. pet. — Fr. 3. §. 1. fr. 38. §. 4. de usur. et fruct.

†††) Fr. 25. §. 8. de aedil. edicto; fr. 54. pr.: „— usurae.... et si non tam ex obligatione proficiscantur, quam ex officio judicis applicentur".

c) Sie können in der Regel nur durch die Klage auf den Hauptgegenstand, nicht aber durch eine eigne Klage gefordert werden *). Sind sie in dem Urtheile über die Hauptsache übergangen, und dies hat die Rechtskraft beschritten, so sind sie verloren **).

Es ist aber nicht gerade erforderlich, daß sie von dem Richter in dem Urtheile über die Hauptsache zuerkannt wurden; — wenn er sie nur nicht ganz übergangen hat. Es kann Fälle geben, wo zwar über die Hauptsache genugsam verhandelt, aber der Punkt der Nebenleistungen noch nicht zum Spruche gereift ist; und wenn nun der Richter in solchen Fällen, indem er über die Hauptsache definitiv erkennt, zugleich die Nebenforderungen einer weitern Verhandlung vorbehält, so ist in diesem richterlichen Vorbehalte allerdings ein genügender Grund gegeben, später eine selbstständige Einklagung der, künftiger Entscheidung vorbehaltenen, Nebengegenstände ausnahmsweise zu gestatten ***).

---

*) C. 4. depositi: „non sunt duae actiones, alia sortis, alia usurarum, sed una: ex qua condemnatione facta, iterata actio rei judicatae exceptione repellitur". — Fr. 49. §. 1. de A. E. V.; — C. 13. de usuris; C. 3. de fruct. et litium expensis.

**) Vergl. Averanius Interpr. Jur. Lib. III. C. 15, nro. 2. Mevius Decis. P. III. Decis. 420. Kind quaest. for. ed. II. Tom. IV. cap. 54.

***) C. 3. de fruct. et lit. expensis: „Terminato transactoque negotio, posthac nulli actio neque ex Rescripto super sumtuum petitione praestetur, nisi judex, qui de principali negotio sententiam promulgavit, cominus partibus constitutis, juridica pronuntiatione significaverit, victori causae restitui debere expensas, aut super his querelam jure competere. — Vergl. meine Abhandlung zur Lehre von den Verzugszinsen, im Archiv für civilistische Praxis. B. I, nro. 17.

Daß die Nebenforderungen auch dann nicht besonders eingeklagt werden können, wenn die Hauptforderung außergerichtlich durch Zahlung, Compensation, Untergang des Objektes, oder, wie es immer sonst noch geschehen kann, aufgehoben wurde, ist nach der Ansicht der Römer keinem Zweifel unterworfen. Schweppe bezweifelt aber, daß die römischen Grundsätze hierüber in Deutschland anwendbar seyen. Dieser Zweifel dürfte jedoch unbegründet seyn. Das Princip: „cum principalis causa non consistit, plerumque nec ea quidem, quae sequuntur, locum habent“ *), ist keineswegs als Ausfluß des heutzutage unpraktischen strictum jus zu betrachten; sondern läßt sich vollkommen aus der Natur der Sache, aus der accessorischen Natur der fraglichen Nebenprästationen als wahrhaft materieller Rechtssatz nachweisen. — Auch bezeugen es viele praktische Schriftsteller **), daß die römischen Grundsätze über die Unzulässigkeit einer Klage auf die Nebenleistungen, wenn die Hauptklage außergerichtlich erloschen ist, in der Praxis wirklich angewandt werden.

3.

Von dem Erforderniß der bona fides bei der Extinctivverjährung der Klagen ***).

In Rücksicht der Frage, ob, damit eine Klage durch Verjährung erlöschen könne, der Beklagte in bona fide,

---

*) Fr. 129. §. 1., fr. 178. de R. J.

**) S. Glück im Commentar. §. 331. und die angeführten: Mevius Dec. Part. I. Decis. 219, Part. III. Dec. 420. Berger Oecon. jur. Lib. II. Tit. II. Thes. 34. not. 9. Wernher in Observ. for. Tom. II. Part. VI. obs. 377. Struben in den rechtlichen Bedenken Th. I Bed. 63. Quistorps Beiträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien Nro. LVIII. u. a. m.

***) Schweppe a. a. O. §. 171. — Vergl. Thibaut über

d. h. mit dem Rechte des Klägers unbekannt seyn müsse, lassen sich drei von einander abweichende Hauptmeinungen anführen:

1) Einige glauben die bona fides des Beklagten — unbedingt — sowohl nach den Worten, als nach den Gründen den Verordnungen des canonischen Rechts, erfordern zu müssen *).

2) Einer andern Ansicht zufolge muß man unterscheiden zwischen Klagen, mittelst welcher ich etwas einfordere, was dem Beklagten gehört, und solchen, womit ich meine vom Beklagten besessene Sache zurückfordre. In Fällen der ersten Art soll der gute Glaube des Beklagten nicht erfordert werden, wohl aber in denen der zweiten. Diese Ansicht wird gerechtfertigt durch Hinweisung auf die Schlußworte des c. 20. X. de praescriptionibus, in welchen die bona fides als Gegensatz der conscientia rei alienae bezeichnet wird **).

3) Die dritte Meinung, nach welcher in keinem Falle der Klagen-Erlöschung durch Verjährung von Seite des Beklagten bona fides nothwendig ist ***), scheint die richtige zu seyn.

Die Regel des canonischen Rechtes:
„Oportet, ut, qui praescribit, in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienae"

Besitz und Verjährung §. 20. — Pufendorf Observ. juris univ. Tom. I. obs. 115. — H. de Cocceji Diss. de finibus bonae fidei in praescriptionibus. (exercit. curios. T. I. nro. 91, 92) — J. B. de Wernher Observ. forens. T. I P. I. obs. 183.

*) Vergl. Pufendorf l. c.

**) Cocceji l. c.

***) Wernher l. c.

ist offenbar nicht so allgemein gefaßt, daß man sie auf alle Institute der (eigentlichen) *) Verjährung und auf alle einzelnen Fälle derselben beziehen könnte. Sie kann vielmehr, richtig ausgelegt, nur von der Adquisitivverjährung, und zwar von der Ersitzung des Eigenthums verstanden werden.

Der Ausdruck: „qui praescribit“ paßt nur auf die Adquisitivverjährung. Von demjenigen, der eine Sache besitzt, und durch fortgesetzten Besitz das Eigenthum derselben erwirbt, kann man allerdings im Aktivum sagen: „praescribit“; aber durchaus nicht von dem Beklagten, welcher dadurch folgeweise gewinnt, daß die Klage eines Andern erlischt. Das Wesen der Extinktivverjährung der Klagen ist die Nichtanstellung einer Klage binnen der gesetzlichen Frist. Die Verjährung entspringt hier aus der Säumniß des Klägers; nur seine Person ist es, welche Anlaß zur Verjährung giebt, und sie durch Nichtthun herbeiführt. Der Beklagte ist dabei in einem rein passiven Verhältnisse; er thut weder etwas für noch gegen die Verjährung: er wird nur nicht belangt. Durch den wirklichen Eintritt der Verjährung erwirbt er eigentlich nicht: er wird nur befreit von den Ansprüchen eines Andern, deren Verfolgung ihm bisher gedroht hat. Dem Allem gemäß kann man von ihm nicht im Aktivum sagen: „praescribit“ und man müßte den Urheber der Dekretale, Pabst Innocentius III., einer argen Unrichtigkeit im Ausdruck beschuldigen, wenn man seine Verordnung auch auf die Extinktivverjährung der Klagen beziehen wollte.

Ebenso deuten die Worte: „in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienae“ darauf, daß

---

*) Es versteht sich von selbst, daß sie nicht auf die Immemorialverjährung bezogen werden kann.

die Dekretale nur von der Ersitzung des Eigenthums zu verstehen sey. Denn gerade bei diesem Institute besteht die bona fides darin, daß der Besitzer einer Sache dafürhält, er habe das Eigenthum derselben erworben. — Bei der Verjährung der Klagen hingegen kann der Beklagte in mala fide seyn, ohne jedoch conscientiam rei alienae zu haben. Z. B. er weiß wohl, daß er verbunden sey, sein eigenthümliches Haus, an denjenigen herauszugeben, dem er es geschenkt hat. In andern Fällen ist die Klage gar nicht auf Herausgabe einer bestimmten körperlichen Sache gerichtet, sondern auf Entrichtung einer Quantität, auf Ausübung einer Gerechtigkeit. Da nun allein bei speciellen körperlichen Sachen vom Eigenthume die Rede seyn kann, so enthält die Beziehung der auszulegenden Regel auf Fälle dieser Art eine Absurdität; denn die Vorschrift: „man dürfe nicht wissen, daß ein Andrer Eigenthümer der zu verjährenden Sache sey“ — hat bei denselben gar keinen Sinn. — Nur auf die Verjährung solcher Klagen, mittelst welcher der Kläger eine ihm eigenthümlich gehörende Sache verfolgt, könnte man sie verständigerweise beziehen, wenn nicht aus dem, was über den Ausdruck „qui praescribit“ gesagt ist, vollkommen klar hervorgienge, daß die Extinktivverjährung überhaupt hier gar nicht gemeint seyn könne.

Wenn demzufolge die Schlußworte unseres Gesetzes offenbar nur von der Ersitzung des Eigenthums reden, so liegt darin schon ein bedeutender Grund für eine eben so beschränkte Auslegung des im Eingange vorkommenden Dispositivsatzes:

„Synodali judicio definimus, ut *nulla* valeat abs„que bona fide praescriptio, tam canonica, quam „civilis“.

Zwar scheint dies synodale judicium ganz allgemein alle Institute der Verjährung ohne Ausnahme erfassen

zu wollen. Aber wenn man die ganze Dekretale im Zusammenhange betrachtet, so ist nicht zu verkennen, daß der Schlußsatz dasselbe, aber nur deutlicher, praktischer, ausdrücken soll, was das synodale judicium verordnet; daß der Inhalt des früher ausgesprochenen Gesetzes — hier als Rechtssatz — wiederholt werden soll. Der Gesetzgeber hat sich in dem Schlußsatze gleichsam selbst interpretirt, und hierdurch den Mißverständnissen vorgebeugt, zu welchen die einer weiteren Auslegung fähigen Dispositivworte des Gesetzes Anlaß geben könnten. — Für die Ansicht, Innocentius habe bei den Worten „nulla praescriptio“ doch nur an die Adquisitivverjährung gedacht — läßt sich überdieß noch anführen, daß „praescriptio“ in einer andern Stelle des canonischen Rechtes *) offenbar nur die Ersitzung des Eigenthums bezeichnet.

Aber auch zugegeben, daß es zweifelhaft sey, ob die Verordnung des vorliegenden C. 20. X. de praescriptionibus nicht auch von der Extinktivverjährung der Klagen gemeint sey, so tritt doch ganz entscheidend die Interpretationsregel ein, nach welcher correktorische Gesetze im Zweifel so auszulegen sind, wie sie von dem früheren Rechte am wenigsten abweichen. Correktorisch ist die Dekretale im Verhältnisse zu den römischen Gesetzen darin, daß sie die Fortdauer der bona fides während der ganzen Verjährungszeit vorschreibt. Für die Ersitzung des Eigenthums spricht sie diese Vorschrift deutlich aus; ob sie auch die Verjährung der Klagen darunter stellen solle, bleibt nach obiger Erörterung wenigstens höchst zweifelhaft, ist aber nach der angeführten Auslegungsregel durchaus zu verneinen.

---

*) C. 3. in VI. de R. J.: „Sine possessione praescriptio non procedit“.

Man hat dies Resultat noch aus dem Standpunkte der ausgesprochenen ratio legis:

„Quoniam omne, quod non ex fide venit, pecca-
„tum est....... cum generaliter sit omni consti-
„tutioni atque consuetudini derogandum, quae
„absque mortali peccato non potest observari....“

anfechten wollen. Aber will man diese Wahlsprüche der Moral in ihrer ganzen Allgemeinheit gelten lassen, so muß man alle und jede Verjährung geradezu als unzulässig erklären. Dies nun hat der Pabst augenscheinlich nicht gewollt. Das Argument aus dem Grunde beweist also hier zu viel, und darum nichts.

XVIII.

Ueber den gemeinrechtlichen Zinsfuß in Deutschland *).

1.

Das verzinsliche Darleihn, wie es sich im römischen Rechte findet, konnte in Deutschland lange Zeit hindurch darum nicht aufkommen, weil man, in Gemäßheit der Ansichten des canonischen Rechtes, alle Zinsverträge für wucherlich, und darum für ungültig und strafbar hielt. Man sah gleichwohl ein, daß es unbillig und unpolitisch sey, den Capitalisten die Möglichkeit abzuschneiden, ihr baares Geld gegen eine mäßige Vergeltung anzulegen; — und suchte daher das verzinsliche

---

*) Schweppe a. a. O. §. 195. Vergl. Glück im Commentar. B. 21. S. 95—103.

Darleihen unter einer Maske in das Leben einzuführen. Diese Maske war der Renten- oder Gülten-Kauf. Bei diesem Geschäfte erschien das dargeliehene Geld als Kaufpreis und die jährlich zu entrichtenden Renten als verkaufte Sache. Die Obligation konnte nicht durch eine Aufrufung von Seite des Käufers, aber wohl durch Zurückzahlung des Kaufpreises von Seite des Verkäufers wieder aufgehoben werden. Darum hießen die versprochenen Renten oder Gülten „wiederkäuflich“.

Ueber diese wiederkäuflichen Gülten verordneten die Reichspolizeiordnungen von 1530. Art. 26. §. 8, von 1548 Art. 17. §. 8, und von 1577. Art. 17. §. 9. — ganz gleichlautend:

„Nachdem die Wiederkaufsgülten allenthalben in Landen gemein seynd; so sollen mit hundert Gülden Hauptgelds nicht mehr dann fünf Gulden jährlicher Gülten, wie gebräuchlich, gekauft, gegeben und genommen werden“.

Daß die Urheber dieser Verordnungen, und insbesondre der P. O. vom J. 1577 denselben Maaßstab für das eigentliche offene verzinsliche Darleihen aufgestellt haben würden, wenn sie sich nicht überhaupt gescheut hätten, Christen das Stipuliren von Zinsen zu erlauben; — dies wird sehr wahrscheinlich durch die Bestimmung der P. O. vom Jahre 1577 Tit. 20. §. 6, welche ausnahmsweise den Juden gestattet, zinsbare Darleihen zu geben, und dabei dasselbe Maaß festsetzt — in den Worten:

„Damit aber die Juden ihre Leibsnahrung haben mögen, so soll ihnen nicht mehr dann Fünff von Hundert zum Wucher zu nehmen, erlaubt seyn“.

Der fromme Glaube an die verbindliche Kraft der von Rom ausgegangenen Entscheidungen war zwar durch

die Reformation, nicht allein in den protestantischen Ländern, mächtig erschüttert worden: aber noch länger als ein Jahrhundert blieb der Grundsatz von der Ungültigkeit jedes Zinsversprechens sowohl in katholischen als protestantischen Gerichten in voller Anwendung. Erst als das Bedürfniß des Lebens, der Industrie in allen ihren Zweigen den schädlichen Einfluß des Verbotes, Zinsen zu nehmen, unverkennbar zeigte, mochten die Zweifel über die verbindliche Kraft seiner Quelle allmählich entscheidendes Gewicht erhalten, und die ängstliche Ansicht verbannen, welcher jedes Nehmen von Zinsen als nichtswürdiger Wucher galt.

So ward schon, nachdem man darüber sowohl von dem Reichs-Hofrathe als dem Kaiserlichen Kammergerichte ausführliches Gutachten eingeholt hatte, in dem jüngsten Reichsabschiede vom Jahre 1654 §. 174. folgendes verordnet:

„Anreichend die künftige Zinß und Interesse, sollen „von nun an dieselbe, sie seyen aus wiederkäuflichen Zinsen, oder vorgestreckten Anlehen „herrührig und versprochen, jedoch nach Ausweisung der Reichsconstitutionen, und weiter nicht „als fünf pro Cento alle und jede Jahren, in „verglichenen Terminen, unfehlbar bezahlet, und im „Fall des Saumsals auf bloße Vorzeigung der Obligation per paratam executionem wider den Schuldiger verfahren werden“ u. s. w.

Zwar ist nicht zu leugnen, daß diese Anordnung zunächst nur von denjenigen Schuldverhältnissen spricht *),

*) Im Anfange des vorhergehenden §. 170 heißt es: „Nachdem auch in dem Friedensschluß §. De indaganda etc. versehen, daß bei gegenwärtigem Reichstag auf billige Wege und Mittel gedacht werden sollte, wie denjenigen Schuld-

welche während des dreißigjährigen Krieges entstanden sind, und die Natur eines allgemeinen Permissivgesetzes durchaus nicht hat. Aber sie setzt, indem sie die Verbindlichkeit, versprochene Zinsen zu zahlen, für diese besonderen Verhältnisse anerkennt, offenbar voraus, daß im Allgemeinen über die Gültigkeit der Zinsversprechen kein Zweifel mehr obwalte. Dies anzunehmen, berechtigt uns der Geist schon der früheren, oben angeführten Reichsgesetze. In der Absicht ihrer Urheber war es unzweifelhaft gelegen, das verzinsliche Darleihen, zwar nicht dem Worte und äußeren Scheine, aber wohl dem Wesen und der Wirklichkeit nach zu begünstigen. Der Gesetzgeber verschmähte es nicht, einem eingewurzelten Vorurtheile zu huldigen, indem er in derselben Verordnung, die bestimmt ist, dem Leben des Verkehrs die Vortheile der verzinslichen Darleihen zu sichern, und nur den Auswüchsen dieses Institutes in den Weg zu treten, dasselbe noch ganz und gar zu verwerfen scheint. Aber es sollte nur nicht offenen Angesichts auftreten, weil zu befürchten war, daß noch viele Engherzige und Furchtsame vor dem ehemals mit Höllenstrafen verpönten Beginnen zurückschaudern möchten. Unter der Maske des Renten- oder Gülten-Kaufes sollte ungehindert vor sich gehen, was das Leben des Verkehrs, damit es gedeihen und blühen könne, als nothwendig erforderte.

Nun war aber im Laufe der Zeit die Gespensterfurcht in dieser Hinsicht außer Curs gekommen, und Niemand, der auf mäßige Zinsen Anlehn gab, hatte nunmehr zu befürchten, von andern Leuten als ein fertiger Höllenbraten angeschielt zu werden. Unter diesen veränderten

---

nern, welche durch den Krieg oder durch allzugroße Aufschwellung der Zinsen und Interesse ins Verderben kommen, dergestalt geholfen wurde, u. s. w.

Umständen verstand es sich von selbst, daß man nicht mehr nöthig hatte die Maske des Gültenkaufs vorzunehmen, wenn man Geld auf Zinsen leihen wollte. Es bedurfte keiner ausdrücklichen Aufhebung des früheren Verbots, weil die letztern Verordnungen selbst, in denen sich dasselbe findet, ihrem Geiste nach das Bestehen desselben nur auf die Zeit erstreckt haben, da noch das alte Vorurtheil einer freieren offenen Bewegung der Legislation im Wege stehen könnte.

So mochte man im jüngsten Reichsabschiede die Zinsverbindlichkeit derjenigen, welche während des dreißigjährigen Krieges Schulden contrahirt hatten, — ohne ausdrückliche Abänderung der früheren Reichsgesetze — unbedenklich anerkennen, und sich dabei sogar, nämlich in Rücksicht des Zinsmaaßes, auf diese früheren Verordnungen beziehen. So in den Worten:
„iedoch nach Ausweisung der Reichs-Constitutionen“.

Wenn nun, wie ich zu behaupten keinen Anstand nehme, die allgemeine Gültigkeit der Zinsversprechen in den deutschen Reichsgesetzen, nämlich aus der Vergleichung des jüngsten Reichsabschiedes mit den frühern Bestimmungen der Reichspolizeiordnungen — nachgewiesen werden kann, so wird sich in denselben vaterländischen Quellen für Deutschland auch ein gemeinrechtliches Zinsmaaß finden lassen. Dies ist nämlich auf 5 von Hundert festgesetzt. Die Reichspolizeiordnungen bestimmen dieses Maaß für den Rentenkauf. Da aber, wie gezeigt wurde, in diesen Reichsgesetzen eigentlich Bestimmungen für das wahre verzinsliche Darleihn, das nur unter der Maske des Rentenkaufs aufgeführt wird, gegeben sind; — da ferner der jüngste Reichsabschied den Zinsfuß für die während des dreißigjährigen Kriegs contrahirten Schulden auf 5 vom Hundert — unter Berufung auf die früheren

Reichsconstitutionen, — normirt, — so glaube ich, die s. g. Praxis hat vollkommen Recht, wenn sie angenommen hat, daß durch die deutschen Reichsgesetze der gemeine Maaßstab der Vertrags-Zinsen *) auf fünf Procent gesetzt sey.

Auf die römischen Gesetze darf, wenn es sich von Bestimmung des Maaßes der Vertragszinsen handelt, durchaus keine Rücksicht genommen werden. Denn die römische Gesetzgebung über Vertragszinsen war in Deutschland durch den Einfluß des canonischen Rechtes gänzlich außer Kraft gesetzt worden; das Institut der Vertragszinsen ist in Deutschland durch die Reichsgesetze erst wieder neu begründet worden. Darum können auch die speciellen Bestimmungen des römischen Rechts, nach denen in einzelnen Fällen das Zinsmaaß auf weniger oder mehr, als nach der Regel zu bedingen erlaubt war, gesetzt ist, heutzutage nicht mehr angewandt werden **).

2.

Daß die römische Gesetzgebung über Strafzinsen in Deutschland nicht recipirt, oder durch das canonische Recht entkräftet worden sey, läßt sich nicht behaupten. Auch beziehen sich die Reichsgesetze nicht auf dieses Institut, und nur die Verzugszinsen beim Darleihen sind durch den Abschied des Deputationstages zu Speier vom J. 1600 §. 139. auf 5 Procent in der Art bestimmt, daß der Gläubiger auch einen weiter gehenden Anspruch durch den Beweis eines größeren lucrum ces-

*) In allen Fällen außer dem Darleihen, wo Zinsen bedungen werden, ist wenigstens ein mit demselben durchaus analoges Verhältniß vorhanden.

**) Vergl. Thibaut civilistische Abhandlungen. S. 122—4.

sans oder damnum emergens begründen kann. Demgemäß findet in allen Fällen, wo die Römer eine Forderung auf Verzugs- oder Strafzinsen überhaupt entstehen lassen, dieselbe auch noch heutzutage statt, und auch das Maaß ist hier (außer dem Falle des Darleihens) ganz nach den römischen Vorschriften zu bestimmen. So können auch heutzutage noch — nicht nur usurae semisses, sondern sogar centesimae vorkommen *).

3.

Das canonische Recht eifert nur gegen die verzinslichen Darleihn; seine Verdammungsurtheile treffen nur die foeneratores. Darum muß man ferner behaupten, daß sein Einfluß die Gültigkeit der römischen Gesetze auch nicht in denjenigen Fällen entkräftet habe, wo die Thatsache, aus welcher diese eine Zinsforderung entstehen lassen, weder ein Vertrag noch eine widerrechtliche oder doch unbefugte Handlung ist. Auch in diesen Fällen ist das in Deutschland gemeinrechtliche **) Zinsmaaß allein aus den römischen Gesetzen zu bestimmen.

*) Denn wenn es auch in C. 26. §. 1. de usuris heißt: „et eam quantitatem usurarum etiam in aliis omnibus casibus nullo modo ampliari, in quibus citra stipulationem exigi usurae solent", so muß diese Stelle doch so ausgelegt werden, daß andre Constitutionen z. B. C. 2, 3. de usuris rei judicatae, C. 4. de aedif. priv. — nicht ohne Erfolg bleiben.

**) Sowohl in Hinsicht dieser Art von Zinsen, als in Rücksicht der Strafzinsen wird sich fast in allen deutschen Ländern eine abweichende Gewohnheit, welche überall nur 5 Procent gestattet, nachweisen lassen.

XIX.

Zur Lehre vom Interusurium *).

Nach Carpzovs Princip über die Berechnung des Interusuriums soll derjenige, der ein unverzinsliches, erst später fällig werdendes, Capital itzt abtragen will, soviel abziehen dürfen, als dasselbe in der Zwischenzeit an Zinsen tragen könnte. Z. B. von einem unverzinslichen Capital zu 100 Gulden, welches erst in 4 Jahren fällig wird, könnten, wenn es itzt abgetragen wird, sofern man die Zinsen zu 5 Procent rechnet — 20 Gulden abgezogen werden. — Setzt man aber den Fall, daß es erst nach 20 Jahren fällig würde, so käme nach dieser Berechnungsweise das absurdum heraus, daß der Gläubiger, wenn er itzt schon befriedigt werden sollte, gar nichts bekäme, und, nimmt man noch einen spätern Termin an — dem Schuldner gar noch herauszahlen müßte.

Nach dem Hoffmannischen Princip ist eine Summe aufzufinden, welche mit den von ihr bis zu dem Zahlungstage zu ziehenden Zinsen dem Capitale gleich ist; und diese Summe ist itzt zu zahlen. Z. B. Cajus ist dem Titius 200 fl. schuldig, die aber erst in 20 Jahren fällig werden. Er will seinen Gläubiger itzt schon befriedigen, aber das Interusurium abziehen. Der Abzug betrüge hier, die Zinsen wieder zu fünf vom Hundert gerechnet, die Hälfte des Capitals = 100 fl. Denn 100 fl. werfen nach diesem Zinsfuße in 20 Jahren andere 100 Gulden ab, und die auszuzahlende Summe = 100 fl. würde also mit den in der Zwischenzeit gezogenen Zinsen am Zahlungstage dem geschuldeten Capitale = 200 fl. gleich.

*) Schweppe a. a. O. §. 199.

Nach dem Leibnitzischen Princip ist eine Summe aufzufinden und auszuzahlen, die mit den von ihr bis zum Zahlungstage zu ziehenden Zinsen und Zinseszinsen dem geschuldeten Capitale gleich ist. In den Verhältnissen des vorigen Falles betrüge nach dieser Rechnungsweise der Abzug 124,657 fl. Denn die Summe von 75,343 wird mit Zinsen und Zinseszinsen in 20 Jahren = 200 fl.

Alle neuern Schriftsteller wählen, mit Verwerfung des Carpzovischen, nur zwischen dem Hoffmännischen und Leibnitzischen Principe. Das Hoffmannische scheint sowohl der Natur der Sache nach, als aus positiven Gründen den Vorzug zu verdienen. — Daß die überall schwierigere Leibnitzische Berechnungsart diejenige sey, welche den classischen Juristen vorgeschwebt hat, wenn sie von dem Abzug des commodum temporis sprechen, ist schon darum nicht wahrscheinlich, weil die Römer überhaupt in mathematischen Kenntnissen auf einer niedern Stufe standen *). Auch giebt es im ganzen Umfange der Justinianeischen Rechtsbücher nicht eine einzige Stelle, welche bestimmt für die Leibnitzische Rechnungsweise spräche **), — Auf der andern Seite scheint es schon die Consequenz des Rechtes zu erfordern, daß, wenn derjenige, der sein Capital später, als ihm gebührt, erhält, immer nur einfache Zinsen, niemals auch Zinseszinsen aufrechnen darf ***), — eben so auch dem Andern,

*) S. Schrader civilistische Abhandlungen. Nro. II. § 2, 7.

**) Schrader a. a. O. §. 7. S. 182.

***) Z. B. fr 64. de re jud : „negotiorum gestor condemnatus appellavit, et diu negotium tractum est; quaesitum est, appellatione ejus injusta pronunciata, an, quo tardius judicatum sit, usurae pecuniae in condemnatum deductae medii temporis debeantur? — respondit, secundum ea, quae proponerentur, dandam utilem actionem".

der es früher, als ihm gebührt, empfängt, immer nur einfache Zinsen, als commodum medii temporis, aufgerechnet werden können. Es ist hier nicht davon die Rede, die Fälle des Interusuriums unter das Gesetz, welches den Anatocismus verbeut, zu stellen *); das Verbot des Anatocismus betrifft blos die Vertragszinsen; und die Fälle des Interusuriums können strenggenommen nur denen der Verzugszinsen gegenübergestellt werden. Bei diesen bedarf es gar keines besondern Verbotes, Zinseszinsen zu begehren; weil ja auch die einfachen Zinsen nur vermöge einer besondern lex praeceptiva gefordert werden können. — Wenn nun der Nachtheil, welchen Jemand durch zu späten Empfang des ihm geschuldeten Capitals erleidet, nur nach den einfachen Zinsen berechnet wird, so ist nichts natürlicher, als daß man auch den Vortheil, den Jemand dadurch erhält, daß seine Forderung vor dem Zahlungstage befriedigt wird, gleichfalls nur nach einfachen Zinsen anschlägt. Nachtheil und Vortheil (damnum und lucrum, incommodum und commodum) sind Correlatbegriffe, nicht nur der Natur der Sache nach, sondern als solche auch im römischen Rechte durchgeführt **).

Das abzurechnende Interusurium soll im Allgemeinen soviel betragen, daß der Gläubiger am Zahlungstage gerade das, nicht mehr und nicht weniger hat, als ihm gebührt. Die Berechnung desselben kömmt nicht

*) Vergl. Thibauts Pandektenrecht § 289.

**) Fr. 10. de R. J.: „secundum naturam est, commoda cujusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda. — Vgl. Fr. 4. §. 4. de in diem addictione. — Fr. 30. pro socio; „neque lucrum intelligitur, nisi omni damno deducto, neque damnum, nisi omni lucro deducto“.

nur in Fällen vor, wo eine Zahlung, mit Abzug des Interusuriums, erst geschehen soll, sondern auch in solchen, wo die volle Zahlung bereits früher geschah, und itzt der Betrag des Interusuriums zurückgefordert werden soll. So im Falle des fr. 10. §. 12. quae in fraudem creditorum":

„Si cum in diem mihi deberetur, fraudator praesens solverit, in eo quod sensi commodum in repraesentatione, in factum actioni locum fore: nam Praetor fraudem intelligit etiam in tempore fieri".

In Fällen dieser Art würde sich offenbar eine Ungereimtheit ergeben, wenn die Berechnung des zurückzufordernden commodum repraesentationis nach Zinsen und Zinseszinsen geschehen sollte. Wie läßt es sich vernünftigerweise zusammenreimen, daß derjenige, dem in fraudem creditorum ein unverzinsliches Capital zu früh abgetragen wurde, das commodum medii temporis, nach Zinsen und Zinseszinsen berechnet, herausgeben soll; dahingegen ein Andrer, der blos aus bösem Willen, so recht in fraudem creditoris, eine schuldige Zahlung vorenthielt, das damnum medii temporis nur nach einfachen Zinsen zu vergüten hat? — Man müßte die Pandekten-Schriftsteller der Willkühr und Inconsequenz beschuldigen, wenn man annehmen wollte, daß sie dort den herauszugebenden Vortheil nach strengeren Grundsätzen angesetzt haben, als hier die Vergütung des Nachtheils. — Aber eine eben so arge Inconsequenz wäre es, das Interusurium da, wo es erst vorabgezogen werden soll, nach andern Regeln zu bestimmen, als in dem ganz analogen Falle, wo es wieder zurückgefordert wird. Denn in beiden Fällen soll der Gläubiger am Zahlungstage gerade das haben, was ihm gebührt; in jenem wird ihm itzt soviel bezahlt, daß das Gezahlte mit dem

davon mittlerweile zu ziehenden Gewinne am Zahlungstage das Gebührende erreicht: in diesem wird ihm itzt von dem früher Gezahlten soviel genommen, daß er mit dem mittlerweile gezogenen Gewinne am Zahlungstage doch nicht mehr als das Gebührende erhalten hat. Wird nun in dem ersten Falle der zu ziehende Gewinn nach andern Grundsätzen angesetzt, als in dem zweiten der gezogene, so würden Leute, die in ganz gleichen Verhältnissen stehen, ungleich behandelt, was eine Inconsequenz, und darum auch materielles Unrecht enthielte.

Man wendet ein, nur bei der Leibnitzischen Rechnung sey die volle Benutzung eines Capitals ins Auge gefaßt, wie sie ein guter Hausvater zu ziehen pflege. Aber wenn man bedenkt, daß die Zinsen oft nicht regelmäßig eingehen, daß man nicht jeden Augenblick Gelegenheit hat, jede auch noch so kleine Summe sicher anzulegen, daß hier und da selbst am Capitale etwas verloren geht u. s. f. und daher nicht einmal die vollkommene einfache Zinsennutzung, vielweniger die vollständige Zinseszinsen-Nutzung dem, was gewöhnlich geschieht, recht entsprechen möchte *), so scheint es, als wenn das Ideal des guten Hausvaters, wie es die Vertheidiger des Leibnitzischen Princips in's Auge fassen, nicht wohl zu realisiren und eben darum auch nicht als Musterbild aufzustellen sey. — Die römischen Juristen fassen überall das Leben auf, wie es ist, nicht wie es seyn könnte oder sollte. Es ist also ganz in ihrem Geiste, mit Verwerfung der Leibnitzischen Möglichkeitsberechnung die Hoffmannische Rechnungsweise anzuwenden, welche der Wirklichkeit des Lebens besser entspricht **).

*) Schrader a. a. O. S. 188.

**) Freilich ist nicht zu leugnen, daß Fälle des Interusuriums vorkommen können, wo aus besondern Gründen

XX.

Vom Schadensersatz und Interesse *).

1.

Durch den Verlust oder die Vorenthaltung einer Sache kann mir nebst des Werthes derselben (vera rei aestimatio) auch noch der Gewinn entzogen werden, den ich mit ihr auf irgend eine Weise hätte machen können, und sonst noch Schaden zugehen, der nicht eingetreten wäre, wenn ich die Sache gehabt hätte. Kann ich nun von Jemand den Ersatz des Interesse fordern, so muß mir Alles erstattet werden, „quantum mihi abest, quantumque lucrari potui" **).

In Verbindung mit der „rei aestimatio" bezeichnet das Interesse nur accessorische Leistungen, nämlich die Vergütung des entbehrten accessorischen

ausnahmsweise von der Regel abgewichen und nach Leibnitz's Princip gerechnet werden muß; — gerade so, wie ausnahmsweise nebst den einfachen Verzugszinsen auch noch ein höher gehendes Interesse angesetzt werden kann. — So, wenn sich in der That eine größere Nutzung, als die einfachen Zinsen, und zwar eine in der Erhebung von Zinseszinsen bestehende höhere Nutzung annehmen oder nachweisen läßt, und zugleich omne id quod interest gefordert werden kann. Vergl. fr. 17. §. 2. quae in fraudem creditorum. — S. Schrader a. a. O. S. 179, 188—9.

*) Schweppe a. a. O. §§. 201—3. — Vgl M. Magni Ration. et different. juris lib. II. (Meermann thesaur. T. III. pag. 294—318). — G. de Gast Comm. in tit. Cod. de sent. quae pro eo quod interest proferuntur. (ib. T. VI. pag. 762—70.)

**) Fr. 13. pr. ratam rem haberi.

Gewinnes, und des accessorisch zugegangenen Schadens. Im Gegensatze mit „rei aestimatio" drückt es allen — Haupt- und Neben-Schaden aus. Dieser Gegensatz von Aestimation und Interesse ist in unsern Gesetzen, wenn es sich vom Ersatz handelt, dadurch bezeichnet, daß es von der Aestimation heißt: „quanti ea res est, quanti eam rem esse paret" *); von dem Interesse: „id quod interest, quanti mea interest" **).

Ob in einem gegebenen Falle blos die „rei aestimatio" oder das volle Interesse gefordert werden könne, das wird überall durch die besondre Thatsache entschieden, welche die Verbindlichkeit zum Schadensersatze begründet. Hier, im allgemeinen Theile, können darüber nur folgende leitende Grundsätze aufgestellt werden:

1) Wem ein damnum injuria datum oder sonst ein Vergehen ***) zur Last fällt, der muß immer das volle Interesse ersetzen †).

---

*) Fr. 179. de V. S: „inter haec verba, quanti ea res erit, vel quanti eam rem esse paret, nihil interest: in utraque enim clausula veram rei aestimationem fieri". — Fr 193 eod: „haec verba, quanti eam rem paret esse, non ad quod interest, sed ad rei aestimationem referuntur".

**) Fr. 21. §. 2. ad leg. Aquil: „sed utrum corpus ejus solum aestimamus quanti fuerit, cum occideretur, an potius, quanti interfuit nostra, non esse occisum? — et hoc jure utimur, ut ejus, quod interest, fiat aestimatio".

***) Wer in irgend welchem Verhältnisse dolose handelte, muß immer das volle Interesse vergüten.

†) Fr. 21. §. 2. ad leg. Aquil. — Fr. 10. de vi fr. 7. §. 7. arb. furt. caes. fr. 1. §. 5. ne vis fiat ei, qui in poss. miss. — Bei andern Delikten steckt das Interesse in der Privatstrafe; bei der Besitzstörung fällt es mit der rei aestimatio zusammen. Vgl. fr. 3. §. 10. uti possidetis.

2) Wenn Jemand in einem Obligationsverhältniß seine Verbindlichkeit auf eine imputable Weise nicht erfüllt, haftet er ebenfalls für das volle Interesse *); und zwar ohne Unterschied des Grades der Culpa **); — ja in einigen Fällen braucht durchaus keine Culpa vorhanden zu seyn, und die Forderung geht doch auf das omne id quod interest ***). Das Gewöhnliche ist aber, daß da, wo dem Verbundnen keine imputable Culpa zur Last fällt, immer nur die „rei aestimatio" zu ersetzen ist †).

3) Wenn die Verbindlichkeit zum Schadensersatz ihren Grund hat in einer allgemeinen Billigkeitsregel z. B. „omnium contributione sarciatur, quod pro omnibus datum est" ††) oder „natura aequum est, neminem cum damno alterius fieri locupletiorem" †††); so wird nur vera rei aestimatio geleistet ††††).

---

*) Vgl. z. B. fr. 21. §. 3., fr 1. pr. de act emt. vend. — Fr. 1. §. 23, 24. depositi. — Vgl. Thibaut Pandektenrecht §. 275. — Schömann vom Schadensersatze. Th. II. S. 90.

**) Nur der Unterschied findet überhaupt zwischen den Fällen des dolus (mit culpa lata) und anderen statt, daß in jenen die Taxation durch das jusjurandum in litem Platz greift. Vergl. fr. 4. §. 4., fr. 5. §. 3, C. 2. de in litem jurando. Vergl. Thibaut und Schömann a. a. O.

***) Vergl. z. B. fr. 81. pr. de V. O. — So in den Fällen, wo der Schuldner in mora ist, ohne daß ihm eine culpa zur Last fällt.

†) Fr. 45. de contrah. emt. vend., fr. 13. pr. §. 1. de act. emt. vend. — Fr. 19. §. 2. locati conducti.

††) Fr 1. de lege Rhodia de jactu.

†††) Fr. 66. de cond. indeb.

††††) Fr. 2. §. 4. de lege Rhodia — Vergl. C. 1. de condict. indebiti.

2.

Ob derjenige, der überhaupt das Interesse zu leisten hat, nicht nur den Schaden zu ersetzen hat, welcher eine gewisse, nothwendige, und nicht zu vermeidende Folge seiner widerrechtlichen Handlung (damnum ex re — circa rem *), sondern auch einen Gewinn, welcher blos möglich, und einen Schaden, welcher vermeidlich war (damnum extra rem datum) **)? — dies ist eine Frage, über deren Beantwortung von jeher die größte Verschiedenheit der Ansichten obwaltete. Auch ist es wirklich keine leichte Aufgabe, den Schein des Widerspruchs in den hier einschlagenden Gesetzen aufzuheben, und aus ihren unbestimmten Aeußerungen bestimmte Rechtssätze zu entwickeln.

Dafür, daß unbedingt aller zugegangene Schaden, und auch der mögliche Gewinn ersetzt werden soll, scheint schon der Begriff des Interesse zu sprechen, wie ihn Paulus angiebt — in den Worten: „id est, quantum mihi abest, quantumque lucrari potui“. Auch mangelt es sonst nicht an Gesetzen, welche man für diese Ansicht anführen könnte ***).

Aber gleichgewichtige Stellen entscheiden für das Gegentheil. So fr. 21. §. 3. de act. emt. vend.:

„Cum per venditorem steterit, quominus rem tra-
„dat, omnis utilitas emtoris in aestimationem venit:

*) Nach fr. 21. §. 3. de act. e. v. soll alle utilitas emtoris ersetzt werden, „quae modo circa ipsam rem consistit“.

**) S. Thibaut a. a. O.

***) Vgl. fr. 3. pr. de eo per quem factum erit. fr. 13. pr. §. 2. de act. emt. vend.

„quae modo circa ipsam rem consistit *)."
„Neque enim, si potuit ex vino negotiari, et lu-
„crum facere, id aestimandum est, non magis,
„quam si triticum emerit, et ob eam rem, quod
„non sit traditum, familia ejus fame laboraverit,
„nam pretium tritici, non servorum fame necato-
„rum, consequitur".

So ferner fr. 19. de periculo:

„Venditori si emtor in pretio solvendo moram fece-
„rit, usuras duntaxat praestabit: non omne om-
„nino, quod venditor, mora non facta, consequi
„potuit, veluti si negotiator fuit, et, pretio so-
„luto, ex mercibus plus, quam ex usuris, quae-
„rere potuit".

Eben so treffend heißt es in fr. 29. §. 3. ad legem Aquiliam:

---

*) Magnus l. c. cap. VII., äußert sich über den Sinn dieses Ausdrucks folgendermaßen: „Non potest quis scire quod interest circa rem, nisi qui prius, quid rei appellatione hic significetur, intelligat. Sic igitur dicendum est: verba haec circa rem et extra rem non id significare, quod vulgo putant: non significare corpus ipsum rei, de qua agitur, verbi gratia Stichum in casu fr. 23. pr. ad legem Aquiliam, non triticum in casu fr. 21. §. 3. de act. emti venditi, sed rem in illis casibus, et in tota hac quaestione ejus quod interest, significare factum vel non factum adversarii mei, ex quo mihi id quod interest debetur. Non debebas occidere Stichum meum, occidisti: praestabis mihi totum damnum, quod ex illa re, ex illo facto tuo, ex illa occisione tua mihi contigit". Totum lucrum, quod mihi occasione illius rei, illius facti, illius occisionis tuae interceptum est, propter occisionem defecit conditio. Et sic ex illa re, ex illa occisione, sive propter illam occisionem conditione defectus hereditatem illam acquirere non potui etc."

„Item Labeo scribit, si cum vi ventorum navis „impulsa esset in funes anchorarum alterius, et „nautae funes praecidissent, si nullo alio modo, „nisi praecisis funibus explicare se potuit, nullam „actionem dandam. Idemque Labeo et Proculus „et circa retia piscatorum, in quae navis „inciderat, aestimarunt. Plane si culpa nauta„rum id factum esset, lege Aquilia agendum. Sed „ubi damni injuria agitur, ob retia, non piscium, „qui ideo capti non sunt, fieri aestimationem: „cum incertum fuerit, an caperentur. Idem„que et in venatoribus, et in aucupibus pro„bandum".

In diesen Fragmenten ist nun ausdrücklich gesagt, das, quod lucrari potuit, der Gewinn, von dem es ungewiß war, ob er würde gemacht worden seyn, — könne nicht in Anschlag kommen, nur das damnum circa rem sey zu ersetzen, d. h. derjenige Schaden, der eine gewisse, unvermeidliche Folge der widerrechtlichen Handlung war. — Aber eben in dieser näheren Bezeichnung des Gewinnes, dessen Vergütung, und des Schadens, dessen Ersatz nicht soll gefordert werden können, wird sich ein bequemer Weg finden lassen, den Schein des Widerspruches zu beseitigen. — Der Fischzug, welcher mit den zerrissenen Netzen erfolgt wäre, soll deßwegen nicht in Anschlag kommen, weil es ja noch zweifelhaft war, ob er irgend eine Ausbeute gegeben hätte. Wenn ich das Interesse fordern kann, so muß mir vergütet werden, „quod mihi abest". Aber nur dann kann ich sagen, daß mir etwas entgehe, wenn ich mit Bestimmtheit behaupten, und vollkommen beweisen kann, daß ich es ohne Dazwischenkunft des störenden Ereignisses sicher bekommen hätte. — Allerdings war es möglich, daß ich mit dem gekauften Weine oder dem geschul-

deten Gelde Geschäfte gemacht und daraus bedeutenden Gewinn gezogen hätte: aber auch nichts weiter, als im Allgemeinen möglich; — ob ich die gewinnbringenden Geschäfte wirklich unternommen und also den möglichen Gewinn wirklich gemacht haben würde, das ist immer höchst problematisch. — Man kann demzufolge den Begriff des Interesse, wie ihn Paulus gestellt hat, immer noch als leitendes Princip anerkennen: nur muß man die rechtliche Bedeutung seiner Merkmale gehörig begränzen Ohne Anstand kann der Berechtigte den Ersatz alles desjenigen fordern, was ihm durch die widerrechtliche Handlung des Andern entgeht: aber nur das kann als entgehend angenommen werden, was er ohne das Faktum des Gegners gewiß bekommen hätte — Eben so muß ihm Alles vergütet werden, quod lucrari potuit: aber das posse darf nicht als eine durchaus vage, unbestimmte, allgemeine Möglichkeit gefaßt, sondern es muß vielmehr aus besondern Thatsachen als zuverlässig nachgewiesen werden, daß die vorhandene Möglichkeit in dem gegebenen Falle verwirklicht worden wäre.

Ich kann ferner im zweiten Falle des fr. 21. §. 3. de act. e. v. den Werth des mir widerrechtlich vorenthaltnen Getreides, aber nicht den der verhungerten Sklaven in Anspruch nehmen. Denn, wie Donellus richtig bemerkt: „non magis familia mea fame laboravit, „quia triticum a te non habui, quam quia aliud non „habui“. Das Verhungern der Sklaven kann nicht als Folge der Vorenthaltung des zu liefernden Getreides angesehen werden (non ex re venit), weil es durch Beischaffung andern Getreides, oder überhaupt anderer Nahrungsmittel zu vermeiden gewesen wäre. Die Unterlassung dieser weitern Vorsorge hat ihren Tod veranlaßt, und ist diese wegen besondrer Umstände zufällig unmög-

lich gewesen, so ist dieser ungünstige Zufall von demjenigen, der zur Lieferung des Getreides verbunden war, nicht herbeigeführt worden, und die schädlichen Folgen desselben können ihm daher nicht zugerechnet werden. Er muß freilich omne id, quod abest, ersetzen, aber nur quod ex re abest, d. h. nur den Verlust oder Schaden, welcher, als Wirkung, aus seiner widerrechtlichen Handlung oder Unterlassung, als Ursache, erfolgte; nicht aber denjenigen, welcher zu diesem zufällig oder gar aus Schuld des Beschädigten selbst hinzukam *).

Faßt man so die scheinbar sich widersprechenden Stellen im Zusammenhange auf, so schwindet der Schein des Widerstreits, und es läßt sich aus ihnen eine ganz sachgemäße, consequente Theorie von der Natur des Interesse entwickeln.

3.

In der C. un. de sententiis, quae pro eo, quod interest, proferuntur verordnet Justinian, daß in allen Fällen „qui certam habent quantitatem vel naturam" das Interesse nicht den Betrag des Doppelten überschreiten soll. Ueber den Umfang, in welchem diese Verordnung gelten soll, insbesondre darüber, woran die certa oder incerta natura eines Falles zu erkennen sey, hat fast jeder Ausleger eine andere Ansicht, so daß schon de Gast bemerkte: „plus quam sexcentae opiniones de casibus certis natae sunt, dum quisque tentat aliis verbis et commodioribus rem explicare".

Justinian wurde zur Erlassung dieser Constitution durch den Meinungsstreit veranlaßt, welcher darüber stattfand, wie weit der Ansatz des Interesse gehen könne.

---

*) Vgl. Donellus comm. L. 26. c. 23.

Obwohl nach der Theorie, wie sie in der vorigen Erörterung aus den einschlagenden Fragmenten der Pandektensammlung entwickelt wurde, auf den blos im Allgemeinen möglichen Gewinn und das damnum extra rem keine Rücksicht genommen wird, so können doch immer Fälle vorkommen, wo auch nach diesen für den Berechtigten weniger günstigen Grundsätzen das nebst der Hauptsache oder ihrem Werthe zu leistende Interesse weit mehr beträgt, als Jener. Nun mag es manchen ungereimt geschienen haben, daß die Nebenleistung größer als die Hauptleistung seyn könne, und hieraus eine die Prästation das Interesse noch mehr beschränkende Ansicht hervorgegangen seyn. Andre hingegen legten kein Gewicht auf ein Mißverhältniß zwischen Haupt- und Neben-Leistung, waren aber in andern Rücksichten über die rechtlichen Gränzen des id quod interest mannigfach verschiedener Meinung, so daß Justinian in dieser Materie „dubitationes in infinitum productas" vorfand. Er fühlte sich berufen, diesem Schwanken der Grundsätze ein Ende zu machen: aber er verkannte dabei nicht, wie wahr es sey, was Paulus sagt: „quatenus cujus intersit, in facto, non in jure consistit" *); wie bedenklich, in das Zwangsmaaß rücksichtlos allgemeiner Normen einzuengen, was sich seiner Natur nach in jedem einzelnen Falle immer ganz individuell bestimmt; — es entgieng ihm nicht, wie das Leben dieses Institutes sich gegen feste durchgreifende Bestimmungen zu sträuben scheine. Aus der Verlegenheit, in welche den Gesetzgeber der Widerstreit der verschiedenen Rücksichten, die er zu nehmen hatte, versetzen mochte, läßt sich die Dunkelheit und Unbestimmtheit der Constitution recht wohl erklären. Aber eben hierin, so wie darin, daß es sich offenbar von einem correktorischen Gesetze handelt, liegen genügende

*) Fr. 24. de reg. jur.

Gründe zu einer möglichst beschränkenden Auslegung vor. Insbesondre ist wegen dieser eigenthümlichen Beschaffenheit des Gesetzes der Ausleger befugt, von der Wirksamkeit desselben alle diejenigen Fälle auszuschließen, wo die Anwendung zu einer Unbilligkeit oder gar zu einer Ungereimtheit führen würde. Es ist des Gesetzgebers ausdrücklicher Wille, daß die gesetzten Schranken nur, „prout possibile est" gehandhabt werden sollen. Das „prout possibile est" kann hier nichts anderes bedeuten, als: soweit es vernünftigerweise möglich ist". In gar vielen Fällen der Leistung des Interesse würde aber die Beobachtung der in der Constitution gesetzten Gränzen nicht nur eine arge Unbilligkeit, sondern wahrhafte Vernunftwidrigkeit enthalten. — Von diesem Standpunkte aus betrachtet, wird der Inhalt der fraglichen Justinianeischen Decision nach folgenden Sätzen festzustellen seyn:

1) die Vorschrift, das Interesse solle das Doppelte nicht übersteigen, kann keinen andern Sinn haben, als den: es solle das Doppelte des Geldwerthes der Hauptsache nicht übersteigen. Ihre Anwendung setzt also voraus, daß

a) eine Hauptsache geschuldet werde, die

b) entweder eine bestimmte Quantität Geldes ist (certa quantitas), oder doch zu einem bestimmten Geldwerthe geschätzt werden kann (certa natura). — Denn da das duplum nur in einer Geldquantität bestehen kann *), so muß sich auch das simplum als solche finden lassen.

---

*) Donellus l. c. cap. XVII: „Est enim duplum, quod eandem summam bis in se continet, sive, quod eandem summam altero tanto superat: ut nisi ante summam aliquam per se consistentem dederis, non sit alia, quae hanc duplet, id est, quae eam, quae non est, contineat aut superet".

Nur solche Fälle hat der Gesetzgeber vor Augen gehabt, wo das id quod interest, neben einer Hauptsache oder ihrem Werthe, als accessorische Leistung gefordert wird; seine Bestimmung erfaßt diejenigen nicht, wo das „quanti interest“ Hauptgegenstand einer Obligation ist. „Neque enim“, wie Donellus treffend bemerkt, „idem esse potest, quod excedit et quod exce„ditur“. Sie kann ferner nicht auf solche Verhältnisse bezogen werden, wo der Hauptgegenstand keine Schätzung in Geld zuläßt. Hieraus ergiebt sich die Folge, daß

2) die C. unica keine Anwendung findet, wenn aus einer obligatio ex delicto der Ersatz des Schadens gefordert wird, welcher durch Entziehung, Vernichtung oder Beschädigung einer Sache zugefügt wurde. Denn in diesen Fällen ist nicht die entzogene, vernichtete, beschädigte Sache, sondern das omne id quod interest der Hauptgegenstand der Obligation *).

Ein geschuldetes factum kann nur insofern als res certae naturae gelten, als es ein locari solitum ist. Wenn nun dasjenige, was der Verbundne thun sollte, als ein factum dieser Art nicht angesehen werden kann, so fällt die Begränzung das Interesse auf das duplum in Ermanglung eines gewissen simplum gleichfalls hinweg.

3) Die grammatische Auslegung der C. unica läßt es zweifelhaft, ob Justinian bei seiner Neuerung nicht blos die Fälle des Interesse in Vertragsverhältnissen bedacht habe. Nach der oben erwähnten Regel der logischen Auslegung ist ihr Inhalt daher lediglich auf Vertragsverhältnisse zu beziehen **). Aber auch unter Voraus-

---

*) Donellus l. c.

**) de Gast l. c. pag. 768.

setzung eines Vertrages, der eine res certae naturae zum Gegenstande hat, kann die Beschränkung des zu leistenden Interesse auf das duplum der vertragsmäßig zu gebenden Hauptsache nicht überall statt finden. Sie ist vielmehr unzulässig, wenn

a) die geschuldete Sache zwar überliefert war, aber eine Forderung auf das Interesse dadurch begründet wurde, daß der Gebrauch der überlieferten Sache, in Gemäßheit ihrer gänzlichen Unbrauchbarkeit, Schaden an andern Sachen zur Folge hatte *). Die hieraus begründete Forderung hat das Interesse zum Hauptgegenstande, und es wäre ungereimt, dasselbe auf das Doppelte des Werthes der gelieferten schadhaften Sache oder gar auf dessen einfachen Betrag reduciren zu wollen. — Nur wenn der Gegenstand des Vertrages gar nicht, oder nicht zu rechter Zeit oder nicht am rechten Orte geliefert wurde, ist eine Anwendung des Justinianeischen Zwangsmaaßes möglich, die nicht geradezu als vernunftwidrig erscheint **).

b) Auch da kann von der Beschränkung auf das duplum keine Rede seyn, wenn die Forderung auf das

---

*) Fr. 6. §. 4. de act. emt. vend.: „....... si vas mihi vendideris, ita ut adfirmares integrum, si id integrum non sit, etiam id, quod eo nomine perdiderim, praestabis mihi; si vero non id actum sit, ut integrum praestes, dolum malum dumtaxat praestare te debere: — Labeo contra putat, et illud solum observandum, ut, nisi in contrarium id actum sit, et omnimodo integrum praestari debeat: et est verum". Vergl. fr. 19. §. 1. locati.: „siquis dolia vitiosa ignarus locaverit, deinde vinum effluxerit, tenebitur in id quod interest: nec ignorantia ejus erit excusata. — Vergl. Donellus l. c. cap. XVIII. de Gast l. c. pag. 770.

**) Donellus l. c. cap. XVIII.

Interesse nicht sowohl in dem Vertrage, in dem casus certae naturae selbst, sondern in dem dolus des andern Contrahenten ihren Grund hat. Hier tritt der Standpunkt des Deliktes ein, und warum in solchen Fällen die Verordnung der C. unica nicht anwendbar sey, wurde bereits oben bemerkt *).

---

*) Donellus eod. l. — Vergl. fr. 9. §. 8. fr. 10, 11. de reb. auct. jud. poss. fr. 9. quod falso tut. auct. gest. — Vergl. v. Löhr Theorie der Culpa §. 18. S. 105—112.

Verbesserungen.

S. 32. Note ** Zeile 7 von unten herauf, lies §. 52. statt §. 32.
S. 39. Zeile 7 von unten — ambiguitates statt arbiguitates.
S. 57 Z. 12. von oben herab — der rechtlichen Bedeutung. statt der — Bedeutung.
S. 73. In der Ueberschrift — XI. statt X.

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Seuffert, Johann Adam,

Erörterungen einzelner Lehren des römischen Privatrechts zum Gebrauche seiner Pandekten-Vorlesungen nach Albrecht Schweppes Leitfaden

Bd.: 1

Würzburg (1820)

Bamberg, Staatsbibliothek -- J.c.o.84#1
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11703161-4